UNIVERSITÉ DE LAUSANNE - FACULTÉ DE DROIT

LES SERVITUDES FONCIÈRES DANS LE CODE CIVIL VAUDOIS

THÈSE

de licence
présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne

par

PIERRE-HENRI GUIGNARD

1976

1977
Imprimerie des Remparts - Yverdon

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546820_0003

LES SERVITUDES FONCIÈRES DANS LE CODE CIVIL VAUDOIS

IMPRIMATUR

Le Conseil de la Faculté de droit, sans se prononcer sur les opinions de l'auteur, autorise l'impression de la thèse de M. Pierre GUIGNARD, candidat à la licence en droit, intitulée: « Les servitudes foncières dans le Code civil vaudois ».

Lausanne le 22 septembre 1976.

Le doyen de la Faculté de droit:
Pierre MOOR

UNIVERSITÉ DE LAUSANNE - FACULTÉ DE DROIT

LES SERVITUDES FONCIÈRES DANS LE CODE CIVIL VAUDOIS

THÈSE

de licence
présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne

par

PIERRE-HENRI GUIGNARD

1977
Imprimerie des Remparts - Yverdon

A Monsieur le Professeur Jean-François Poudret nous exprimons ici toute notre gratitude pour les précieux conseils qu'il nous a donnés et pour l'intérêt bienveillant qu'il nous a manifesté sans cesse au cours de la préparation de ce travail.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

A ma mère

INTRODUCTION

Bien que le Code Civil Fédéral ait abrogé toutes les lois civiles cantonales (art. 51 Titre Final du CCS), l'étude de l'ancien droit conserve, dans certains cas, un intérêt actuel. C'est ce que nous allons essayer de montrer dans cette introduction en nous limitant aux servitudes foncières et au droit de voisinage.

Un des grands principes de notre droit transitoire est le respect des droits acquis. Ainsi, en vertu de ce principe, les droits réels existant lors de l'entrée en vigueur du Code civil subsistent même sous l'empire de la nouvelle loi (art. 17, 1 TF CCS). Cette règle est si importante que les servitudes foncières sont maintenues après l'introduction du Registre Foncier, alors même qu'elles n'y seraient pas inscrites; sous réserve, il est vrai, d'une procédure d'épuration ultérieure (art. 21 et 44 TF CCS) [1].

Ce principe étant posé, la question est de savoir quelles règles juridiques vont être applicables à ces anciens droits. Le Code civil suisse ou le droit antérieur? L'article 17 du Titre Final nous donne la réponse.

I. *Art. 17, alinéa 2.* A moins d'exception contenue dans le CCS [2], l'étendue de la propriété et des autres droits réels est régie par la loi nouvelle dès son entrée en vigueur, le 1er janvier 1912. Selon le Tribunal Fédéral, cette règle « vise seulement le cas où l'étendue d'un droit est réglée par la loi, non ceux où il découle d'un acte juridique. Dans cette

[1] Art. 21 TF CCS in fine: Néanmoins, elles ne « peuvent être opposées aux tiers de bonne foi qu'à partir du moment où elles ont été inscrites ».

[2] ROSSEL et MENTHA p. 366: « Ces exceptions ne concernent guère que le gage immobilier, voir en particulier art. 25, 2 et 26, 3 TF CCS ».

deuxième hypothèse, l'étendue du droit est régie par l'ancienne loi après comme avant l'entrée en vigueur de la nouvelle, conformément à la règle fondamentale des articles 1er et 17 alinéas 1 et 3 Titre Final combinés » [3].

Selon cette distinction, les règles sur les rapports de voisinage, le droit commun de la propriété foncière, contenues dans le Code rural de 1848 et dans le Code civil vaudois de 1819, pour notre canton, sont abrogées et n'ont plus d'effet, sauf la réserve faite à l'art. 207 de la loi vaudoise d'introduction au CCS [4]. Ce sont les nouvelles dispositions de la loi vaudoise d'introduction au CCS, du Code rural de 1911 et du Code civil suisse qui sont désormais applicables. En revanche, l'ancien droit conserve sa validité pour interpréter les actes constitutifs de servitudes passés sous son empire. Cette solution serait assez simple si elle ne comportait, pour les servitudes conventionnelles, une difficulté supplémentaire en raison de l'organisation du Registre Foncier. En effet, l'étendue d'un droit réel immobilier est déterminée par l'inscription qui en est faite au Registre Foncier et cette inscription doit être interprétée selon les règles du droit civil fédéral, et non selon l'ancien droit. « Par contre si elle est peu claire ou incomplète, il faudra rechercher dans le titre constitutif les éclaircissements et compléments nécessaires. Celui-ci sera interprété conformément au droit cantonal en vigueur lors de sa conclusion ; s'il présente des lacunes, elles seront comblées selon les dispositions générales du droit civil fédéral. L'interprétation est toutefois limitée aux droits qui ressortent de l'inscription. En outre, le contenu du droit ne peut être déterminé selon le droit cantonal que dans la mesure où l'acte juridique en question a vraiment réglé le contenu de la servitude, tant par ses termes que dans son sens » [5].

Nous avons donc ici un premier exemple où la connaissance du droit vaudois du XIXe siècle peut être utile encore de nos jours.

II. *Art. 17, alinéa 3.* Il existe un autre cas d'application du droit ancien après 1912, celui des droits réels dont la constitution n'est plus possible à teneur de la loi nouvelle. Il s'agit, dans notre domaine, en par-

[3] JT 1954 I 484 = RO 79 II 401.

[4] Art. 207 LVCC: « Les constructions existant au 1er janvier 1912 demeurent au bénéfice des distances prévues aux art. 462 et 463, 467 et 468 CCV. Il en est de même des reconstructions de bâtiments existant à cette date.

La largeur des passages existant au 1er janvier 1912 reste fixée par l'art. 67 du Code rural » (de 1848).

[5] JT 1963 I 178 = RO 88 II 252.

ticulier, du droit de propriété sur une source indépendamment du fonds où elle jaillit, du droit de propriété sur des arbres plantés dans le fonds d'autrui et de la propriété par étages au sens de l'art. 451 du Code civil vaudois. Ces droits continuent d'être régis par la loi ancienne, tant pour déterminer leur étendue que pour interpréter les actes juridiques qui leur ont donné naissance. Supprimer les droits réels que le CCS n'admet plus aurait posé des problèmes complexes. En particulier, ces droits n'auraient pu disparaître sans compensation, il aurait donc fallu établir des règles pour fixer des indemnités. Par conséquent, il valait infiniment mieux les maintenir en attendant qu'ils disparaissent d'eux-mêmes. Nous verrons dans la suite plus en détail comment chacun de ces droits a survécu.

III. Enfin, si toutes les lois civiles cantonales ont été abrogées dès l'entrée en vigueur du Code civil suisse, un certain nombre de règles ont subsisté telles quelles dans la nouvelle législation cantonale. Concernant le droit de voisinage, la loi vaudoise d'introduction au CCS du 30 novembre 1910 et le Code rural du 22 novembre 1911 ont repris sans les modifier bien des articles du Code civil vaudois et du Code rural de 1848[6]. Dans ces cas-là, l'ancien droit peut servir à interpréter certaines dispositions du droit actuel.

En conclusion, nous pouvons dire que l'étude de la législation vaudoise du XIX^e siècle sur les servitudes foncières est encore d'actualité. Elle présente, au surplus, un intérêt historique indéniable, car elle permet de juger des distances prises par les rédacteurs du Code civil vaudois par rapport à leur modèle français, de la valeur et des raisons des modifications qu'ils lui ont apportées dans un domaine particulier.

Comme, dans les pages qui vont suivre, nous allons analyser un certain nombre de dispositions du Code civil vaudois, il nous semble judicieux de faire, dans cette introduction, un bref historique de la genèse de ce code.

Au commencement de 1804, dans l'idée d'unifier la législation civile, le Petit-Conseil nomma une commission de cinq jurisconsultes[7], chargée

[6] Articles repris eux-mêmes parfois du Code Napoléon. Par exemple: l'art. 145 LVCC est identique à l'art. 662 CCF, car ils ont la même origine. Idem pour 151 LVCC et 656 CCF... etc.

[7] BIPPERT et BORNAND: « Coup d'œil sur l'état de la législation civile du canton de Vaud », p. 8: cette commission était composée de Louis Secrétan, docteur en droit; Henri Carrard, professeur; Louis Porta, avocat; Soulier, président de Tribunal à Nyon; Jean-Jacques Cart, membre du Tribunal d'Appel, remplacé par Clavel d'Aigle en 1806.

d'étudier les améliorations qu'il y avait à apporter aux lois civiles du canton et, le cas échéant, de préparer un projet de Code civil. Devant les grosses lacunes des coutumiers alors en vigueur [8], cette commission fut d'avis qu'il ne suffisait pas de compléter le droit existant, mais qu'il fallait rédiger un véritable Code civil. En avril 1806, elle présenta les deux premiers livres du futur code et le projet entier le 2 février 1807.

Le Petit-Conseil nomma alors une commission composée de deux de ses membres [9] pour examiner ce travail. En avril 1808, le code retouché fut imprimé et communiqué aux tribunaux et aux hommes de loi du canton, qui furent invités à faire des observations ou des suggestions visant à améliorer encore le projet. En mai 1809, celui-ci fut présenté au Grand Conseil pour la première fois. Seul le premier livre fut discuté et rejeté après une délibération consultative sur quelques points principaux. Il est à remarquer à ce propos que, d'après la Constitution [10], le Grand Conseil ne pouvait rien changer à un projet de loi, n'ayant pas d'initiative législative. Il ne pouvait que l'adopter ou le rejeter [11]. En 1810, les deux premiers livres furent présentés et rejetés. En 1811, le premier livre fut enfin adopté, mais non le second, celui qui nous occupe. Son tour viendra en 1812 après de nombreuses discussions. En revanche, le troisième livre, présenté pour la première fois cette année-là, fut rejeté. Il subit le même sort l'année suivante. Suite aux graves événements politiques des années 1814-1815, ce travail législatif fut suspendu et ce n'est qu'en 1816 que l'ouvrage fut repris; mais comme la Constitution et les autorités avaient été changées, le Conseil d'Etat jugea convenable de procéder à la révision du Code tout

[8] ACV K VII a 3,6: rapport de commission du Grand Conseil du 24 mai 1811: « Toutes les questions d'un si grand intérêt sont passées sous silence par la loi générale du pays, et pour les décider on recourt communément au droit romain, qui n'a chez nous aucune autorité, aux maximes de l'équité naturelle, à un usage inconstant et incertain, c'est-à-dire qu'elles sont laissées à l'arbitraire du juge. Enfin, quant aux services fonciers, matière si vaste, d'une si haute importance et qui donne lieu à tant de discussions diverses, notre Coutumier ne nous offre que deux lois dont l'une de l'interprétation la plus difficile parle de la prescription de la servitude de jour et l'autre de la construction des armoires dans le mur mitoyen... Là où il n'existe rien, on ne peut ni réparer, ni corriger, il faut établir ».

[9] BIPPERT: « Analyse des documents qui ont servi à la rédaction du CCV », p. 8: Muret et Pidou.

[10] Acte de Médiation du 19 février 1803, chap. XVII: Constitution du Canton de Vaud, art. VII et VIII.

[11] MEYLAN p. 77 à 89.

entier et en chargea une commission de trois de ses membres [12]. Elle termina son travail le 3 janvier 1817 et le nouveau projet fut discuté l'hiver suivant par le Conseil d'Etat. Il fut présenté au Grand Conseil au mois de mai 1818 pour être rejeté une fois encore. Le Conseil d'Etat jugea alors bon de le faire réexaminer par une commission de jurisconsultes, la seconde, composée de six personnes [13]. Cette commission acheva son travail le 15 janvier 1819, et le Conseil d'Etat eut le temps de le retoucher légèrement avant de le soumettre une ultime fois à l'approbation du Grand Conseil. Le projet dut être présenté à deux reprises avant d'être adopté dans son ensemble le 11 juin 1819. Le Code civil vaudois devait entrer en vigueur le 1er juillet 1821. Ainsi il avait fallu 17 ans pour qu'il voie enfin le jour et puisse entrer en application [14].

Les jurisconsultes choisis en 1804 prirent pour base de travail le Code Napoléon du 21 mars 1804. L'un d'eux, le professeur Henri Carrard utilisa un exemplaire du Code civil français interfolié (ce document existe toujours avec les remarques manuscrites de l'auteur en face de chaque article)[15]. Cette première commission garda le plan du Code français et un grand nombre d'articles sans modifications. A côté de cet apport étranger, certaines dispositions ont été créées par le législateur vaudois et sont donc originales, d'autres ont été inspirées par les coutumiers de l'époque bernoise en vigueur jusqu'en 1821. En effet, les députés et les magistrats d'alors mirent beaucoup de soin à reprendre les usages du pays, suivant l'exhortation d'Henri Monod [16]: « Toutes les fois que notre loi actuelle est bonne, au moins aussi bonne que toute autre, et qu'elle se rattache bien au système général du projet, il vaut mieux la conserver que la changer ». Citons en ce sens un rapport présenté au Grand Conseil le 6 mai 1819 [17]: « Un examen approfondi du projet fera sentir que, malgré son cadre emprunté d'une

[12] BIPPERT: « Analyse des documents qui ont servi à la rédaction du CCV », p. 9: Muret, Clavel et Soulier.

[13] BIPPERT et BORNAND: « Coup d'œil sur l'état de la législation civile du Canton de Vaud », p. 9. Cette commission était composée de Genton, greffier; Carrard, professeur; Correvon-Demartines; Secrétan; François Clavel, conseiller d'Etat; Samuel Clavel, juge d'Appel.

[14] Ces renseignements sont tirés de « Coup d'œil sur l'état de la législation civile du canton de Vaud », p. 8 ss de Bippert et Bornand (1882) et de « Analyse des documents qui ont servi à la rédaction du CCV », p. 8 ss de Bippert (1866).

[15] ACV K VII a 3, 30.

[16] ACV K VII a 3, 40: lettre au Petit-Conseil du 3 mars 1809.

[17] ACV K VII a 3, 24.

législation étrangère, il a pris une physionomie véritablement nationale, par l'attention soutenue des personnes qui y ont successivement travaillé, à prendre dans l'une ou l'autre de nos anciennes coutumes et ordonnances, tout ce qui paraissait bon à conserver... »

Ainsi le Code civil vaudois contient des dispositions d'origines diverses, les unes reprises du droit français, les autres de l'ancien droit vaudois, les dernières étant des créations à part entière du législateur.

Notre étude ne portera que sur une infime partie du Code civil : le titre traitant des servitudes et comportant 77 articles sur les 1684 que contient le Code dans son ensemble. A première vue, cette partie est assez semblable à celle qui lui correspond dans le Code français ; la division des chapitres est la même, ils comportent sensiblement le même nombre de dispositions (77 CCV contre 74 CCF). Pourtant, un examen plus approfondi nous montre que 37 articles sur 77 ont été repris mot pour mot et que sur les 40 articles restant, 28, soit plus du tiers, ont subi une modification affectant non pas la forme, mais le fond du droit. Ce qui est considérable.

Notre analyse ne portera pas seulement sur les principes généraux, applicables à toutes les servitudes, traités aux art. 477 à 500 CCV, mais aussi sur les dispositions qui précèdent concernant les rapports de voisinage. En effet, les servitudes conventionnelles ne sont que des dérogations au droit commun de la propriété foncière. Il est, dès lors, justifié d'étudier cette matière pour mieux apprécier les actes de la pratique. D'autre part, il est intéressant d'examiner le droit de voisinage et de déterminer quelles distances les Vaudois ont pris à l'égard du droit français, s'ils ont conservé les anciennes règles coutumières et enfin comment ces nombreuses prescriptions ont été appliquées dans la vie de tous les jours. Nous essayerons ainsi d'établir l'origine de chacun de ces articles, s'ils ont survécu, et comment, dans notre droit actuel, enfin leur application au siècle passé au vu de la jurisprudence et de la pratique notariale. A ce propos, il faut signaler que nous n'avons pas examiné de registre postérieur à 1875 pour la raison que les actes notariés faits il y a moins de cent ans sont inaccessibles au public. Nos dépouillements ont donc été restreints à une période allant de 1821 à 1875. Toutefois, celle-ci nous paraît suffisante, cela d'autant plus que la loi sur l'inscription des droits réels immobiliers date de 1882 [18] et qu'elle marque la fin de la période sur laquelle repose notre travail. Dès

[18] ROLV 79 p. 20 ss.

ce moment-là, le droit foncier subit de profondes transformations et des dispositions importantes du Code civil furent modifiées, en particulier sur l'acquisition et l'extinction des servitudes.

Avant les lois sur l'inscription des droits réels immobiliers du 20 janvier 1882 et du 11 mai 1897 [19], il n'était pas nécessaire pour constituer une servitude de l'inscrire dans un registre. La loi de 1882 introduit un régime transitoire qui aboutira, en 1897, à l'obligation d'inscrire tous les droits réels pour être valablement constitués. L'organisation du Registre Foncier cantonal, puis dès 1912 l'introduction du Registre Foncier fédéral, ont donné lieu à une abondante législation, qui pourrait, à elle seule, faire l'objet d'une autre étude. Nous ne ferons qu'effleurer cette matière complexe sans nous y arrêter.

[19] ROLV 94 p. 185 ss.

GÉNÉRALITÉS

I. La servitude ou service foncier est « une charge imposée sur un fonds pour l'usage et l'utilité d'un fonds appartenant à un autre propriétaire ». Telle est la définition donnée par l'article 424 du CCV (= art. 637 CCF).

« Il s'agit, nous dit Secrétan [1], des servitudes réelles ou prédiales dans lesquelles un fonds sert à un autre fonds, le Code ne donnant pas le nom de servitudes aux servitudes personnelles du Droit Romain, dans lesquelles un fonds sert à une personne et qui consistent essentiellement dans l'usufruit, l'usage et l'habitation ».

L'art. 637 CFF a été repris à la seule différence que le mot « héritage » fut remplacé par le mot « fonds ». A ce propos, remarquons que Boyve, dans son dictionnaire, n'utilise pas le mot héritage au sens d'immeuble, mais bien le mot fonds [2]. Il était logique que le Code civil vaudois respecte la terminologie usitée dans notre canton. La jurisprudence, de son côté, donne une définition du fonds: « Par fonds, au profit desquels une servitude peut être constituée, ou susceptibles d'être grevés d'une servitude, l'art. 424 n'entend que les bâtiments et les fonds de terre [3], soit les immeubles formant des articles du cadastre et des numéros du plan » [4].

Pour confirmer ce que nous venons de dire, nous pouvons ajouter que les notaires du siècle passé n'employèrent pas le mot héritage utilisé en France [5].

[1] SECRÉTAN p. 165 note ad art. 424.
[2] BOYVE: « Définitions », p. 135 paragraphe 148.
[3] Ce que le Code appelle immeuble par nature. Cf. art. 322 et 323 CCV.
[4] JT 1897 p. 324.
[5] BAUDRY-LACANTINERIE p. 516.

II. Le CCF contient, à son art. 638, une disposition qui n'a pas été reprise en droit vaudois : « La servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre ».

Cet article fut introduit en France dans le but de prévenir les asservissements « féodaux », en ce sens qu'il ne faut pas assimiler les droits du fonds dominant aux anciens droits seigneuriaux que donnait la propriété d'une terre seigneuriale [6]. Il disparut du projet vaudois, en 1818 seulement [7], pour la raison qu'il paraissait inutile [8].

III. L'art. 425 CCV ajoute que la servitude « dérive ou de la situation naturelle des lieux, ou des obligations imposées par la loi, ou du fait de l'homme ».

Ce texte diverge de l'art. 639 CCF sur les derniers mots. Celui-ci prévoit en effet comme troisième source pouvant donner naissance à une servitude les « conventions entre propriétaires » uniquement. Cette différence n'a pas d'importance pratique. On peut remarquer cependant que le texte vaudois est plus précis, vu que les servitudes « conventionnelles » peuvent aussi s'établir par prescription, destination du père de famille ou testament, et non exclusivement par convention [9].

Cette division tripartite a été très vivement critiquée, car il n'y a pas de motif de distinguer les servitudes dérivant de la situation naturelle des lieux des servitudes établies par la loi [10]. En effet, ces catégories ont toutes deux leur source dans la loi et forment ce que l'on a coutume d'appeler le droit de voisinage [11].

IV. *Domaine public et propriété privée*

Bien que le CCV et quelques lois spéciales contiennent le mot « domaine public », aucun de ces textes ne définit cette notion. « Pour les auteurs du

[6] Guisan p. 501.

[7] ACV K VII a 3, 33 et 36, comparaison des projets de 1812 (note ad art. 537) et de 1818 (p. 130).

[8] ACV K VII a 3, 9 : Rapport du 3 juin 1812 : on en proposait déjà la suppression.

[9] Remarquons que le chapitre III du Titre sur les servitudes du CCF est intitulé « Des servitudes établies par le fait de l'homme ».

[10] Baudry-Lacantinerie p. 534 ; Marcadé, p. 569.

[11] D'ailleurs, un certain nombre de dispositions contenues dans ces chapitres ne concernent pas les servitudes selon la définition donnée ci-dessus. Cf. Pittet, p. 20 cet auteur propose une nouvelle terminologie.

CCV, selon de Buren [12], les biens du domaine public et ceux de l'Etat étaient les mêmes biens... Cependant, comme ce fut le cas en France, on ne tarda pas à considérer le domaine public comme une catégorie de biens se distinguant de l'ensemble des biens de l'Etat... De plus, il ressort de l'ensemble des lois vaudoises que le législateur a toujours réservé l'expression « domaine public » à des biens comme les routes, les lacs et les cours d'eau et qu'il ne s'en est jamais servi pour désigner l'ensemble des biens de l'Etat ». C'est ainsi que dans ses remarques sur le CCV, Charles Secrétan écrivait à propos de l'art. 342 [13]: « Entre les choses appartenant à l'Etat, il faut distinguer les choses publiques et qui sont nommées ici dépendances du domaine public, d'avec les autres biens. Les premières de ces choses sont par leur nature placées hors du commerce et comme telles imprescriptibles aussi longtemps qu'elles ne sont pas changées par la volonté de l'Etat. Quant aux autres biens que l'Etat possède, il les tient à titre privé ».

D'autre part, on ne faisait pas de différence entre le domaine public cantonal et le domaine public communal. Il n'y a en réalité qu'un seul domaine public qui est administré partie par le Conseil d'Etat, partie par les autorités communales suivant les prescriptions de la loi. La notion de domaine public communal n'avait, semble-t-il, qu'un intérêt secondaire [14].

La question qui nous occupe maintenant est de savoir si les dispositions du CCV relatives aux servitudes sont applicables au domaine public. La jurisprudence répond clairement par la négative: arrêt du Tribunal Cantonal du 28 juin 1888 [15]: « On ne peut prescrire une servitude sur un fonds dépendant du domaine public ». Arrêt du Tribunal Cantonal du 20 janvier 1874 [16]: « Le domaine public n'est pas soumis pour son aliénation, ni pour son administration, aux règles du droit commun, mais à des dispositions particulières. Il n'est point comme domaine public susceptible d'une aliénation définitive et ne peut être grevé de servitudes perpétuelles. Il est destiné à l'intérêt général, n'appartient à personne, et est placé sous la garde de l'autorité administrative, laquelle peut accorder des concessions sur ce domaine public, à titre précaire et provisoire seulement ». En effet, on rencontre dans les actes de la pratique un certain nombre de conventions entre des particuliers et des communes, dans lesquelles les communes

[12] De Buren p. 21, 22 et 23.
[13] Secrétan p. 142 note ad art. 342.
[14] De Buren p. 63.
[15] JT 1888 p. 522.
[16] JT 1874 p. 147.

concèdent des servitudes sur le domaine public, mais à bien plaire seulement. Il ne s'agit donc pas de vraies servitudes mais de simples actes de tolérance. Par exemple, la commune de Vevey paraît avoir mis un soin particulier à passer ce genre d'actes, semble-t-il dans le but d'éviter tout litige. Voici, pour illustrer, deux « Précaires » instrumentés par le notaire François Dupraz, de Vevey, en 1846:

« Précaire » du 18 juillet 1846[17]: « ... Lequel comparant à la suite des réparations faites par le public à la ruelle des Anciens Moulins derrière l'Etoile, ayant dû faire deux marches d'escalier en dehors du front de son bâtiment pour arriver à sa boutique, reconnaît que ces deux marches d'escalier n'existent que précairement, soit à bien plaire, de la part de la commune de Vevey comme reposant par empiètement sur la voie publique.

Il s'engage de les canceler à ses frais à la première demande de la Municipalité. La maison à laquelle servent les marches dont il s'agit est inscrite sous article 5 du cadastre, rue du Bourg-Franc à Vevey ».

« Précaire » du 21 décembre 1846[18]: « ... Lequel expose qu'il est propriétaire d'une maison à Vevey au Bourg-Franc, maintenant rue des Deux-Marchés, qu'il a établi une distillerie sur le derrière, et que pour l'écoulement des eaux de cet établissement il a pratiqué un aqueduc sous la ruelle du Centre et aboutissant au puits perdu qui existe dans la ruelle de l'Ancien-Port... le comparant reconnaît par le présent acte authentique, qu'en ce qui le concerne, l'aqueduc et le puits perdu dont il s'agit n'existent que précairement soit à bien plaire de la part de la commune de Vevey prenant l'engagement de supprimer à ses frais le dit aqueduc à la première demande de la Municipalité de cette ville ».

En revanche, la servitude peut subsister alors que le fonds grevé passe au domaine public: « S'il est vrai que l'on ne peut acquérir une servitude sur le domaine public, il n'en résulte pas que les servitudes existant sur une propriété du domaine privé soient éteintes par le seul fait du passage de celle-ci dans le domaine public. Tandis que le propriétaire d'un fonds grevé d'une servitude ne peut s'en affranchir sans le consentement du créancier de la servitude, en revanche, l'administrateur du domaine public peut toujours l'affranchir de la servitude dont il est grevé moyennant expropriation en la forme légale »[19]. Dans ce procès, il s'agissait d'une

[17] ACV notaire François Dupraz, Vevey, registre 10 p. 240.
[18] ACV notaire François Dupraz, Vevey, registre 10 p. 342.
[19] JT 1889 p. 774.

servitude permettant au propriétaire du fonds dominant de jeter l'eau de ses égoûts sur le fonds voisin au moyen d'un aqueduc. Le fonds grevé fut quelques années plus tard exproprié par la commune pour la correction d'une route importante. Dès lors, ce terrain fit partie du domaine public, mais la servitude ne fut pas éteinte pour autant. Il fut jugé que seule une seconde expropriation aurait pu libérer le fonds acquis par la commune et celle-ci fut déboutée.

DES SERVITUDES QUI DÉRIVENT DE LA SITUATION DES LIEUX

Introduction

Le Code civil français, à ses articles 538 et 644, fait une distinction entre les cours d'eau navigables ou flottables et ceux qui ne le sont pas [1]. Au sens de ces articles, les rivières navigables ou flottables appartiennent au domaine public; l'usage permis aux riverains serait très limité, ceux-ci n'auraient que le droit de se baigner, de se laver et de puiser dans ces eaux « dépendances publiques », sauf règlements locaux [2]. En revanche, les droits des riverains seraient plus étendus sur tous les autres cours d'eau et les articles 640 à 645 CCF, correspondant aux articles 426 à 434 CCV, ne s'appliqueraient qu'à cette catégorie de ruisseaux ou de rivières [3]. Ainsi, en France, les dispositions traitant des servitudes naturelles ont une portée limitée aux cours d'eau les moins importants.

Dans le canton de Vaud, on n'a pas jugé bon de reprendre cette distinction. Le principe étant que tout cours d'eau, si minime soit-il, fait partie du domaine public à condition qu'il ait abandonné le fonds sur lequel il prend naissance et qu'il se soit frayé un lit naturel habituellement continu. Il semble qu'à ce sujet la doctrine, la jurisprudence et les textes légaux concordent [4]. Le système vaudois est plus simple et plus pratique

[1] Rivières flottables: sur lesquelles le bois peut flotter en train.

[2] Pardessus, p. 47 ss et 50.

[3] Rogron, notes ad art. 538 et 644 CCF; Colin-Capitant, p. 73.

[4] Doctrine: Secrétan, p. 166 note ad art. 427; Guisan, p. 525-6, ainsi que p. 381 ss. Jurisprudence: JT 1869 p. 384 et 427. Lois: art. 342 CCV; art. 77 et 110 Code rural.

que le système français. De plus, la solution adoptée est raisonnable vu le petit nombre de cours d'eau navigables et flottables chez nous ! [5]

[5] BONARD, p. 72 note 1 : « Il n'y a pas dans le canton de Vaud de rivières navigables ou flottables... il existe bien quelques torrents utilisés pour le transport des troncs d'arbres, mais cette utilisation est si intermittente qu'elle n'a pu justifier le terme de « cours d'eau flottable » pour qualifier de tels torrents. Il s'agit de rivières flottables à bûches perdues et comme telles, elles ne présentent pas les caractères de rivières du domaine public français. Le Conseil d'Etat est d'ailleurs chargé par la loi du 20 nov. 1894 (ROLV 91 p. 330 ss) sur la police des eaux courantes dépendant du domaine public de prendre toute mesure pour faire cesser graduellement cet usage (art. 50) ». Cf. aussi ACV PB 227 : Daniel RUCHET : « Au temps du flottage des bois sur l'Eau-Froide de Roche », articles parus dans le journal « Est vaudois » des 20 mai et 5 juillet 1972.

DES EAUX

Paragraphe 1. Le principe de l'article 426 CCV

Art. 426 CCV	Art. 640 CCF
1. Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés à recevoir les eaux qui en découlent naturellement.	1. Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les eaux qui en découlent naturellement, sans que la main de l'homme y ait contribué.
2. Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement.	*Idem*
3. Le propriétaire supérieur pourra réunir ses eaux dans des fossés ou aqueducs, et les faire écouler de cette manière sur le fonds inférieur.	*Inconnu*
4. Le propriétaire supérieur ne peut, d'ailleurs, rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur.	*Idem*

On le voit, l'art. 426 introduit une modification rédactionnelle et un alinéa nouveau au texte français.

Henri Carrard, membre de la commission des jurisconsultes, estimait que c'était un pléonasme de parler d'écoulement naturel et de préciser ensuite qu'il ne devait pas y avoir d'intervention humaine dans cet écoulement. Quant à l'introduction de l'alinéa 3, en 1818, on peut considérer

que c'est une innovation heureuse destinée, selon Secrétan, d'une part à favoriser l'agriculture, d'autre part à éviter toute contestation entre les particuliers [1]. La loi française, elle, est plus rigoureuse et restreint sensiblement le droit de propriété du fonds supérieur. En effet, tout travail fait sur le fonds supérieur pour réunir ses eaux et les faire écouler d'une manière rationnelle pour l'économie du fonds sont interdits. Au lendemain de la promulgation du Code civil, la résistance du propriétaire du fonds inférieur était en toute hypothèse invincible. On ne pouvait même pas, selon Baudry-Lacantinerie [2], faire écouler les eaux ménagères, industrielles ou celles provenant d'un puits artésien. Une interprétation aussi littérale, bien que conforme au texte légal, aboutissait à un résultat injuste pour les propriétaires des fonds dominants.

Une controverse s'éleva à ce sujet. Certains auteurs restaient favorables à une application rigoureuse de l'art. 640 [3], d'autres protégeaient le propriétaire supérieur dans des cas exceptionnels [4], enfin quelques-uns étaient beaucoup plus libéraux [5]. Cette dernière tendance finit par l'emporter car elle était la plus réaliste. Les art. 641, 642 et 643 CCF furent modifiés par une loi du 8 avril 1898, alors que des lois particulières vinrent apporter quelques restrictions à la toute puissance des propriétaires [6].

Contrairement à ce qui s'est passé en France, le législateur vaudois a d'emblée tempéré la rigueur de l'art. 640 CCF en choisissant un système tenant compte de l'intérêt de chaque partie. C'est pourquoi, même si l'alinéa trois est favorable au propriétaire du fonds dominant, celui-ci ne pourra pourtant pas aggraver la servitude du fonds inférieur. Il serait défendu, par exemple, d'amener pour son agrément des eaux d'un fonds voisin que l'on jetterait ensuite sur le fonds situé plus bas [7].

La jurisprudence vaudoise a appliqué cet article assez restrictivement, témoignant d'une certaine sévérité à l'égard du propriétaire du fonds le plus élevé et respectant le principe selon lequel les dispositions de la loi en matières de servitudes foncières ne doivent pas être interprétées

[1] Secrétan, p. 165 note ad art. 426.

[2] Baudry-Lacantinerie, p. 540 ss.

[3] Demolombe, p. 31-32.

[4] Pardessus, p. 113 à 116; Marcadé, p. 571-572.

[5] Demante, p. 535; Baudry-Lacantinerie, p. 540 ss.

[6] Lois du 29 avril 1845, du 10 juin 1854, du 11 juillet 1847, du 28 juillet 1860, enfin du 22 juillet 1952 et le Code rural du 16 avril 1955.

[7] Secrétan, p. 165 note ad art. 426.

extensivement, la présomption étant en faveur de la liberté du fonds plutôt que de son asservissement [8].

Des compléments furent apportés à cette disposition par le Code rural de 1848. L'art. 97 crée une obligation d'entretien de toutes les coulisses destinées à faciliter l'écoulement; en outre, ces aqueducs doivent être établis de manière à n'aggraver que le moins possible la charge du fonds servant (art. 98, 2). Le propriétaire supérieur ne peut pas non plus changer le cours naturel des eaux en les faisant écouler sur un fonds qui ne serait pas naturellement assujetti à les recevoir (art. 98, 1). De plus, « les propriétaires des fonds inférieurs ne sont pas assujettis à recevoir les eaux que les propriétaires des fonds plus élevés amènent sur leurs fonds par des ouvrages faits à mains d'homme, sauf la disposition des art. 105 et 129 » (art. 94). L'art. 105 s'applique aux sources jaillies du sol artificiellement et l'art. 129 aux eaux pluviales et abandonnées dont le propriétaire dispose sur les chemins en vertu de son droit de premier occupant.

D'autre part, il y a obligation et non simple faculté de transmettre les eaux qui s'écoulent des fonds dominants s'il s'agit d'eau courante, autrement dit d'un cours d'eau ayant un lit et un flux plus ou moins constant (art. 95 et 111). En effet, les cours d'eau font partie du domaine public, alors que les sources, les eaux pluviales, celles provenant de la fonte des neiges, celles qui découlent des fonds par infiltration... etc., sont parties intégrantes du fonds où elles se trouvent, le propriétaire disposant à leur égard d'un droit de propriété exclusif.

Enfin, concernant l'obligation prescrite au propriétaire inférieur de ne point s'opposer à l'écoulement des eaux, l'art. 96 lui interdit d'établir aucune digue, ouvrage ou plantation dans ce but. En outre, dans le cas où des ouvrages de ce genre existeraient sur le fonds le plus élevé, le propriétaire supérieur pourrait les détruire à moins qu'il n'y ait titre ou possession contraire; toutefois, il ne pourrait aggraver la servitude en détruisant la digue partiellement seulement et en donnant, par là, plus de force à l'action des eaux (art. 99).

[8] Recueil des arrêts vaudois 1876 p. 46 ss: dans cet arrêt, le fonds inférieur, suite à des travaux faits sur le fonds supérieur, avait reçu une quantité d'eau plus considérable que celle qu'il aurait reçue si les ouvrages n'avaient pas été exécutés. Ceux-ci durent être enlevés. Cependant, dans un autre arrêt, il fut jugé que le propriétaire d'un fonds de terre dont la situation naturelle est de recevoir les eaux qui découlent naturellement du fonds voisin, qui est supérieur, ne peut changer cet état par des travaux pour ne pas recevoir les dites eaux (Journal de jurisprudence, tome III, année 1845, p. 476 ss).

Le Code rural réglemente cette matière avec beaucoup de nuances, essayant d'équilibrer avec le plus d'équité possible les droits et obligations de chaque partie.

Signalons encore l'art. 72 CR, qui reprend le principe de l'art. 426 CCV pour l'appliquer aux éboulements: « Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les éboulements qui en dérivent naturellement ».

Par ailleurs, une importante restriction au droit de propriété fut introduite par les art. 82 à 92 CR, instituant une servitude légale de passage d'eau pour l'approvisionnement en eau des villages et des particuliers. Une même servitude légale de conduite pour l'assainissement des fonds par le drainage ou un autre mode d'assèchement fut créée, en 1863, par la loi sur le drainage [9].

De nos jours, les principes fondamentaux sont les mêmes. Cette matière est traitée par les art. 689, 690 CCS quant au principe de l'écoulement, complétés par les art. 46, 47 et 79 du Code rural de 1911 et, quant aux passages nécessaires, par les art. 691 à 693 CCS, 54, 55 et 89 CR.

Paragraphe 2. Les sources

I. Article 427

L'article 641 CCF a été repris intégralement dans le CCV:

« Celui qui a une source dans son fonds, peut en user à sa volonté, sauf le droit que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre ou par prescription ».

Nous avons vu dans notre introduction que les eaux courantes, dans le canton de Vaud, faisaient partie du domaine public; les sources, elles, sont parties intégrantes du fonds où elles jaillissent.

Lorsque le Code civil fut rédigé, le mot source n'était pas clairement défini, ce n'est qu'en 1848 que le Code rural, à son art. 100, vint donner une définition de la source:

[9] ROLV 60, p. 578, loi sur le drainage du 27 août 1863.

« La source comprend les eaux qui, reproduites par l'œuvre de la nature, jaillissent au-dessus du sol ou s'écoulent sous terre en s'ouvrant un chemin souterrain.

Ces eaux cessent d'être une source, lorsqu'elles ont abandonné le fonds sur lequel elles jaillissent ou sur lequel elles ont été prises sous terre, pour être conduites ailleurs par des ouvrages souterrains ».

Pour que la source devienne eau courante, il faut, selon l'art. 110 CR, qu'elle ait abandonné le fonds sur lequel elle prend naissance et qu'elle se soit frayée sur le sol un lit naturel habituellement continu.

Il y a donc une importance capitale à distinguer l'eau courante de la source. « Le Code civil avait laissé dans une certaine mesure cette distinction à l'appréciation du juge; le Code rural, au contraire, a fixé des règles nettes, précises et inflexibles... » [10]. La limite où cesse la source et où commence l'eau courante varie selon l'étendue des propriétés, leur dispersion ou leur réunion en un seul fonds. « Si le fonds sur lequel existe la source et le fonds inférieur sont réunis dans les mains du même propriétaire, celui-ci peut user à sa volonté de la source pour les deux fonds réunis (art. 103 CR). Par conséquent, si par impossible quelqu'un achetait toutes les propriétés qui bordent une rivière et ses affluents, cette rivière changerait de régime et, sous réserve des droits acquis, elle deviendrait aux yeux de la loi une source. [11] »

Ce droit absolu du propriétaire sur la source qui surgit de son fonds subsiste quelle que soit l'importance de la nappe d'eau. On ne faisait alors pas de différence entre les sources donnant naissance à de véritables cours d'eau et les autres dont le débit est beaucoup plus faible [12]. La question fut d'ailleurs tranchée par le Tribunal Cantonal dans un procès opposant la Société des Avants contre les usiniers de la Baie de Montreux [13]. Le propriétaire avait conservé son droit de disposition sur sa source, alors même qu'elle s'était créé une sorte de lit et qu'elle était le principal affluent

[10] JT 1869 p. 426.

[11] JT 1869 p. 427.

[12] Distinction faite en France par l'art. 643 CCF introduit par la loi du 8 avril 1898 et dans notre canton par la loi vaudoise réglant l'occupation et l'exploitation des eaux souterraines dépendant du domaine public du 12 mai 1948, art. 1 : « Les cours d'eau souterrains et les nappes d'eau souterraines d'un débit moyen supérieur à 300 litres-minute font partie du domaine public cantonal ».

[13] JT 1869 p. 569 ss.

du cours d'eau qui faisait mouvoir un moulin [14]. Différente est la situation du propriétaire d'un fonds bordé ou traversé par un cours d'eau qui, contrairement au propriétaire d'une source est obligé de laisser couler les eaux sur les fonds situés en aval [15]. Il ne dispose donc pas d'un droit de propriété, mais d'un simple droit d'usage comme nous le verrons plus loin [16].

L'art. 427 réserve les droits que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre ou par prescription. On peut très bien imaginer aussi que le propriétaire de la source concède des droits à d'autres personnes que le titulaire du fonds inférieur puisqu'il dispose d'un droit quasi absolu. Les actes les plus fréquents créent des servitudes de prise d'eau. En voici un exemple:

« Concession » du 20 mai 1874 passée devant le notaire Eugène Isoz de Château-d'Oex [17]:

« ... Lequel mandataire... déclare concéder à David Gabriel Favre... le droit de faire, un peu au-dessous du grand bassin de la Schiaz-devant et dans l'eau provenant des sources sus-mentionnées, une prise d'eau pour l'usage et en faveur des propriétés ci-après au dit David Gabriel Favre, désignées au cadastre de la commune de Château-d'Oex comme suit...

Cette concession est accordée aux conditions suivantes:

— Favre construira et entretiendra à ses frais, dans le fossé qui conduit les eaux, un réservoir dans lequel se fera la prise d'eau, au moyen d'une ouverture sphérique d'un diamètre de trois lignes (1 ligne = 0,3 cm), l'excédent de l'eau devant continuer son cours primitif.

— ...

— Cette concession, accordée gratuitement et à titre de bon voisinage, est acceptée avec reconnaissance par Favre ».

Dans le système du Code civil vaudois une servitude ne sera valablement constituée que s'il existe un fonds dominant le droit vaudois ne connaissant pas les servitudes personnelles. Si le bénéficiaire n'est pas lui-même pro-

[14] Cf. également JT 1886 p. 688 ss. Usiniers du Corrençon contre Payerne et Tavel. Peu importe ce qu'il advient de la source par la suite: « La circonstance que les eaux d'une source se réunissent plus bas à un cours d'eau, à une rivière ou à un fleuve ne leur enlève pas la caractéristique d'eau de source, dont la libre disposition avant la réunion appartient au propriétaire du fonds sur lequel elles jaillissent ».

[15] Cf. *supra* p. 25.

[16] Cf. *infra* p. 37 ss.

[17] ACV notaire Eugène Isoz, Château-d'Oex, district du Pays-d'Enhaut, registre 10 p. 208.

priétaire d'un bien-fonds en faveur duquel le droit est établi, la servitude ne pourra prendre naissance (art. 424 et 477 CCV). C'est un inconvénient que les particuliers ont essayé d'éviter de plusieurs manières.

Une des possibilités consiste à inventer un fonds dominant là où il fait défaut; recourir à un artifice en s'appropriant une parcelle de terrain si petite soit-elle et la considérer comme fonds dominant. Des sociétés ayant pour objet l'alimentation en eau d'un quartier dans une ville imaginèrent la chose suivante: elles firent l'acquisition de la propriété du terrain sur lequel avait été construit leur réservoir et prétendirent que les droits de prise et de passage d'eau concédés étaient institués pour l'usage et l'utilité de ce réservoir [18]. Nous reprendrons ce problème dans la quatrième partie.

Une seconde manière consisterait à obtenir, à la place d'une servitude, un droit personnel sur la source, un droit d'usage par exemple, mais avec ce désavantage qu'il ne s'agit pas d'un droit réel (incessibilité, durée limitée, etc.).

Un autre moyen serait d'acquérir la propriété de la source. C'est une pratique qui fut assez courante au siècle dernier. Il faut reconnaître, nous dit Guisan, « que dans la pratique, l'on peut être propriétaire d'une source sans posséder un pouce de terrain [19]... C'est donc un fait incontestable qu'aujourd'hui les eaux tendent à devenir l'objet de propriété tout à fait indépendant de celle du fonds dont elles sortent... Nous croyons donc que la source doit bien être envisagée comme étant un accessoire du fonds d'où elle provient, mais comme pouvant en être séparée soit à titre de servitude créée en faveur d'un autre fonds soit à titre d'aliénation d'un droit immobilier distinct du droit de propriété du fonds... [20] »

Dans le cas d'une vente, l'acquéreur n'est plus limité par les prescriptions sur les servitudes, son droit est beaucoup plus étendu. Il pourrait très bien, poursuit Guisan, ne pas posséder d'immeuble lui-même et aurait la possibilité de « transporter sur un autre fonds l'eau que l'on achète pour l'usage d'un fonds déterminé, ou même de céder son droit à un tiers, ce qui ne serait aucunement admissible s'il s'agissait d'un service foncier... Ainsi se formèrent des sociétés particulières ou anonymes pour acquérir des droits d'eau et les revendre sans que jamais on ait fait à cela la moindre objection ».

[18] JT 1889 p. 749: article de Berney.

[19] Une telle pratique est de toute évidence illégale et l'on peut s'étonner que Guisan ne soit pas plus critique à son égard.

[20] Guisan p. 514.

De quoi devient-on propriétaire dans de telles ventes? Selon Jacques Berney [21], il y a deux possibilités: d'une part vendre la parcelle de terrain où se trouve la source, d'autre part procéder à une vente mobilière d'eau:

« Si les contrats qui ont pour objet l'eau sont généralement envisagés comme des conventions immobilières, c'est qu'à l'aliénation de l'eau est jointe ordinairement la faculté de la prendre sur un fonds. Avoir acquis l'eau n'est rien, si l'on ne s'est en même temps assuré le droit de la recueillir et de l'amener chez soi en permanence. Dans ce but, on se fait céder avec l'eau, soit la propriété de l'espace de terrain sur lequel la source jaillit ou qu'elle doit parcourir, soit le droit de faire et maintenir sur les fonds voisins les travaux nécessaires pour la capter et la conduire sur son héritage. Cette servitude ou ce droit de propriété foncière ayant généralement une valeur plus grande que l'eau elle-même, le droit d'eau devient l'accessoire et le contrat principal porte sur la propriété de la partie du fonds qui entoure la source ou, plus souvent, sur une servitude de prise ou de passage d'eau.

Si les contractants ont eu uniquement en vue l'aliénation de l'eau, leur convention ne crée qu'un droit mobilier. Le cas peut se présenter lorsque l'eau, par sa rareté ou par ses qualités thérapeutiques, acquiert une valeur élevée. Ainsi la convention par laquelle un établissement d'eaux thermales, comme Vichy ou Evian, autorise un particulier à venir prendre de l'eau à sa source pour suivre un traitement ou pour en faire le commerce, est un contrat mobilier.

L'intention des parties décide s'il y a vente mobilière d'eau ou constitution de servitude immobilière. Il n'est pas toujours facile de le déterminer, car il est évident que la plupart des contractants ont en vue exclusivement les avantages matériels de leur transaction et se préoccupent peu du caractère juridique qu'elle revêt...

Par contre, l'eau étant un meuble, un droit de propriété immobilière sur une source indépendant du fonds serait une monstruosité juridique. »

La pratique notariale est loin d'être claire. Bon nombre d'actes s'intitulent « vente de source », mais il n'est jamais spécifié s'il s'agit d'une vente mobilière ou immobilière, si les parties entendaient vendre la source seule ou une parcelle de terrain en plus. Il ne faut pas toujours se fier au titre de l'acte, mais chercher dans les termes de la convention s'il s'agit d'une vente et non d'une constitution de servitude.

[21] JT 1889 p. 741.

Pour illustrer cette remarque, voici un acte authentique intitulé « Acquis » du 6 août 1851, instrumenté par le notaire François Dupraz de Vevey [22]:

« Lesquels comparants, au nom de leurs mandants, vendent irrévocablement à Philippe, fils de feu Albert Kohly, bourgeois du Châtelet au canton de Berne, domicilié à Vevey, et à Jean-Pierre Louis fils de feu Jean-Philippe Zwahlen, bourgeois de Vevey, lieu de son domicile, ici présents et acceptant, savoir une source d'eau qui existe sur un pré appartenant aux venderesses, situé dans la commune de Corseaux, lieu dit au Marquéry, art. 164 du Cadastre, plan folio 8, numéro 6 où il est indiqué contenir 1 pose 56 toises et 50 pieds. Cette vente est faite pour le prix de 580 francs, nouvelle monnaie fédérale. Le prix est payé comptant aux mandataires des venderesses, lesquels en donnent valable quittance aux acquéreurs.

Les parties conviennent d'ailleurs de ce qui suit:

1) Les acquéreurs pourront faire jaillir la source acquise dans telle partie qui leur conviendra du pré sur lequel elle existe.

2) Dès là, ils pourront la conduire par un aqueduc jusqu'à la sortie du pré en suivant la direction qui entrera le mieux dans leurs convenances.

3) Les ouvrages mentionnés aux deux articles qui précèdent, ne pourront pas être placés ailleurs une fois qu'ils auront été exécutés.

4) Dès que la source sera en dehors du pré des venderesses, elles demeurent complètement étrangères aux arrangements que les acquéreurs pourraient prendre avec les propriétaires voisins.

5) Les acquéreurs ont le droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour user de cette source et pour la conserver; il est bien entendu que tant pour cette première fois que pour la suite, ils indemniseront équitablement les propriétaires du pré pour les dommages que les travaux pourraient causer.

6) Les servitudes établies sur le pré ci-devant désigné pour l'usage de la source en question, sont en faveur des immeubles suivants dont ils sont propriétaires en indivision, et de ceux qu'ils pourraient acquérir par la suite dans cette localité.

Désignation des immeubles qui leur appartiennent actuellement. Commune de Corseaux: art. 1036, plan folio 13, numéro 8, à la Crottaz, pré de 67 toises 20 pieds; art. 1067 plan folio 13, numéro 7, au même lieu, pré et vigne de 174 toises 25 pieds.

Plus en faveur d'une terrasse qu'ils ont faite sur les alluvions du lac au-dessous de la route.

7) A l'endroit où les acquéreurs feront jaillir la source, ils pourront y établir un réservoir en maçonnerie.

Dont acte... »

Il faut dissocier dans ce contrat la vente de la source et les servitudes permettant d'en jouir.

En ce qui concerne la source, remarquons qu'il n'est pas fait mention de cession de terrain et que l'on n'a pas stipulé non plus ses dimensions;

[22] ACV notaire François Dupraz, Vevey, registre 13 p. 39.

ceci est bien compréhensible vu que la source est encore souterraine, l'acquéreur ayant le droit de la faire jaillir là où il l'entend (clause 1). Il semble donc que dans l'intention des parties, la vente portait sur l'eau seule, la source, et non sur une parcelle précise. Cette conception est critiquable, étant donné qu'un droit de propriété immobilière sur de l'eau est une construction juridique inconciliable avec le Code civil vaudois.

Concernant les servitudes, la désignation des fonds dominants est assez fantaisiste (clause 6): que l'on désigne des immeubles dont on est actuellement propriétaire, rien n'est plus juste, mais de réserver les droits en faveur de bien-fonds que l'on n'a pas encore acquis est manifestement illégal.

On peut regretter de telles imprécisions de la part d'un notaire. Le manque de rigueur dans l'application de principes juridiques provoque une insécurité qui ne disparaît pas au fil des années. Ce n'est d'ailleurs pas le seul cas que nous aurions pu citer. Comment jugerait-on aujourd'hui les droits issus de cette convention? Il faudrait recourir au cadastre et chercher si le droit est inscrit dans le registre des servitudes (qui ne furent inscrites qu'à partir de 1882) ou dans celui des propriétés. Nous pensons qu'il ne peut exister que des servitudes de sources ou des droits de propriété sur des fonds contenant des sources. En cas de vente d'un fonds et de la source qu'il contient, le registre n'indique que le transfert de l'immeuble sans que la source ne soit signalée. Ainsi, dans les quelques registres fonciers que nous avons consultés, nous n'avons trouvé mentionnés comme « sources » que des servitudes et non des droits de propriété et, à supposer qu'il existe des propriétés de sources indépendamment du fonds d'émergence, de tels droits seraient, à notre avis, invalides.

Les art. 704 à 712 et 780 du Code civil suisse règlent actuellement cette matière délicate. Sillig nous apprend qu'il existait des divergences entre les cantons avant 1912. Certains admettaient que l'on puisse être propriétaire d'une source sans l'être du fonds. D'autres, que l'on ne pouvait jamais aliéner une source sans le fonds d'émergence. Cette deuxième solution, qui était celle adoptée par les Vaudois, fut consacrée par l'art. 704 CCS mettant ainsi un terme à ces controverses [23]. Le système du droit fédéral est

[23] SILLIG p. 59 ss, ainsi que p. 63 et 64: « Le droit vaudois fait de la source un accessoire du fonds où elle jaillit; l'accessoire suivant le sort juridique de la chose principale, on ne peut acquérir une source sans un fonds: le sol est la chose principale et la règle de l'accession de l'art. 352 CCV est le principe de la propriété des sources... Nos tribunaux s'en sont fermement tenus au principe exprimé à cet article, jamais ils

toutefois plus souple que l'ancien droit vaudois, surtout grâce à la possibilité de créer des servitudes personnelles qui, sous la forme de droits distincts et permanents, peuvent être immatriculées au Registre Foncier. Dans ce cas, le droit conféré au titulaire est très proche de la propriété [24].

II. Article 428 CCV

Cet article complète le précédent au sujet de l'acquisition par prescription d'un droit en faveur du propriétaire du fonds inférieur: « La prescription, dans ce cas, ne peut s'acquérir que par une jouissance non interrompue pendant l'espace de trente années, à compter du moment où le propriétaire du fonds inférieur a fait et terminé sur le fonds supérieur des ouvrages apparents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété ».

C'est en 1819 que l'on a ajouté au texte de l'art. 642 CCF la précision que les ouvrages devaient être faits *sur le fonds supérieur*. La raison d'une telle modification nous est fournie par une observation faite en 1818 par une commission de jurisconsultes [25]:

« Si les ouvrages n'existent que sur le fonds inférieur, ils ne peuvent fonder une possession contraire au propriétaire du fonds supérieur, puisqu'ils n'ont pas eu lieu sur sa propriété, et qu'ainsi ils n'ont pu y porter aucune atteinte. On a ajouté qu'il serait d'autant plus injuste d'établir dans ce cas donné la prescription contre le propriétaire du fonds supérieur, qu'il n'a aucun droit à opposer aux actes que le propriétaire du fonds inférieur a entrepris ».

Il n'est pas toujours facile de reconnaître par lequel des deux propriétaires les travaux ont été faits, le juge devra décider d'après les circonstances et essentiellement d'après le but que paraît s'être proposé celui qui a fait exécuter ces ouvrages. Voici un exemple rapporté par Guisan [26]:

« Il se trouve dans la partie du domaine de Beaulieu près Lausanne qui sert de place d'armes, une source qui sort du dessous d'un rocher à une profondeur d'environ

---

n'ont admis qu'une source put être aliénée sans le fonds d'émergence. L'art. 352 ne permet pas au propriétaire foncier de disposer de la source sans disposer en même temps du fonds et vice-versa. La source faisant partie du fonds, on peut créer une servitude permettant au propriétaire du fonds dominant de s'approprier une partie de l'eau ou toute l'eau qui coule dans la source ».

[24] SILLIG p. 66 et 76-77.

[25] ACV K VII a 3, 20 p. 33.

[26] GUISAN p. 520 à 522.

huit pieds et demi. Cette eau recueillie par une ancienne coulisse en forme d'ygrec, était conduite dans un réservoir qui était placé au bord de la route et qui appartenait à la ville de Lausanne. Comme depuis quelque temps l'eau se perdait et n'arrivait plus au réservoir, la Municipalité fit découvrir la coulisse afin de la réparer, mais le propriétaire de Beaulieu fit défense à la ville de continuer ses travaux et ouvrit une action pour faire prononcer que le domaine de Beaulieu n'était asservi à aucune servitude envers la ville de Lausanne et que la demanderesse avait conservé le droit de disposer librement des eaux qui se trouvaient dans sa propriété... La commune de Lausanne prétendait que le réservoir formait avec la coulisse un ensemble de travaux exécutés sur le domaine de Beaulieu, construits incontestablement, non pas dans un but d'assainissement, mais pour recueillir et amener les eaux de la source dans les fontaines de la ville. C'est ainsi qu'il fut jugé par le tribunal de Lausanne. Ce jugement fut maintenu par un arrêt de cassation du 30 avril 1850 qui repoussa un recours fondé sur une prétendue violation de l'art. 428; la Cour admit qu'en l'absence de toute preuve contraire, il y avait lieu d'admettre que la coulisse et le réservoir qui forment un ensemble servant l'un à l'autre, ont été établis par celui auquel ils sont profitables, et qui en use, savoir le public ».

Alors que le CCV exigeait que les travaux se fassent sur le fonds supérieur, le Code Napoléon n'était pas si clair et une controverse s'est élevée, en France, sur la question de savoir si les ouvrages devaient être faits sur le fonds même où naît la source, ou si le point sur lequel ils sont faits est indifférent. Marcadé, Pardessus, pour ne citer qu'eux, s'en tiennent à cette dernière idée [27]; d'autres auteurs, parmi lesquels Demolombe, soutiennent que les travaux doivent être faits sur le fonds d'émergence, invoquant les principes généraux en matière de propriété, de prescription et de servitude [28]. Cette seconde solution fut adoptée en France par la jurisprudence [29] et l'emporta définitivement avec l'introduction, en 1898, d'un nouvel art. 642 qui mit fin à ces controverses [30].

Il est remarquable que le système choisi en France par la loi du 8 avril 1898 ait été adopté par les Vaudois plus de septante ans auparavant. Cela d'autant plus qu'aucun coutumier de l'époque bernoise n'a pu les inspirer,

[27] Pardessus p. 146 à 148; Marcadé p. 573, citant encore Delvincourt, Lassaulx, Favard, Zachariae.

[28] Demolombe p. 91 ss; Marcadé p. 573 citant Toullier, Henrion de Pansey, Proudhon, Duranton.

[29] Marcadé p. 573, jurisprudence abondamment citée en note.

[30] Art. 642, 2 CCF: « Le propriétaire d'une source ne peut plus en user au préjudice des propriétaires des fonds inférieurs qui, depuis plus de trente ans, ont fait et terminé, sur le fonds où jaillit la source, des ouvrages apparents et permanents destinés à utiliser les eaux ou à en faciliter le passage dans leur propriété ».

car ils ne contiennent pas de dispositions analogues. Le législateur vaudois s'est écarté avec sagesse du droit français, évitant ainsi une controverse inutile. Cela méritait d'être relevé.

III. Article 429

Citons pour commencer l'art. 104 CR : « S'il n'existe pas de droits acquis sur la source et sauf le cas prévu à l'art. 107, le propriétaire du fonds de la source peut en disposer à sa volonté, soit pour lui-même, soit au profit d'un tiers, en changeant la direction du cours d'eau, pour lui donner son issue sur un fonds inférieur, préférablement aux autres ».

L'art. 107 du Code rural, reprenant les termes de l'art. 429 CCV, institue une restriction très importante à la toute puissance des propriétaires de source :

« Le propriétaire d'une (de la — art. 643 CCF) source ne peut en changer le cours, lorsqu'elle fournit (il fournit — art. 643 CCF) aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire ; mais si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts ».

Il n'y a rien à dire sur cette formulation qui est presque identique à celle de l'art. 643 CFF, à cette différence près que l'on a trouvé plus judicieux de dire que c'était la source, et non pas son propriétaire, qui fournissait l'eau aux fonds inférieurs.

Selon la jurisprudence, cet article n'a en vue que les eaux nécessaires à l'alimentation des communes, villages ou hameaux, mais non celles qui sont nécessaires à faire marcher les usines. Les tribunaux vaudois ont respecté fidèlement le texte légal, refusant à plusieurs reprises protection aux usines installées sur un cours d'eau contre le propriétaire de la source [31].

La servitude de l'art. 429 ne s'applique pas non plus à des eaux qui ne sortent pas encore de terre et non susceptibles d'un droit de propriété, mais uniquement aux sources déjà existantes, de destination et de direction connues. C'est pourquoi, si une commune, bénéficiant de la servitude légale instituée par l'art. 429, a le droit de faire tous les travaux nécessaires pour conserver ou reprendre les eaux auxquelles elle a droit, elle ne saurait être

[31] JT 1886 p. 688 ss ; JT 1869 p. 569 ss. Comme nous le verrons plus loin, l'art. 431, favorable aux moulins et aux usines, ne s'applique pas aux sources, mais aux seuls cours d'eau.

autorisée à des fouilles ayant pour but la recherche d'eaux nouvelles destinées à augmenter celles qu'elle possède déjà [32].

L'art. 109 CR dispose ceci : « Les communes, villages ou hameaux ne peuvent délaisser leurs propres fontaines et réclamer l'usage d'une source comme leur étant nécessaire.

La possibilité d'établir des puits ou des citernes ne suffit pas pour que la source ne soit pas nécessaire.

Si la source est assez abondante pour satisfaire à plusieurs usages, le propriétaire peut disposer à sa volonté de la partie de l'eau qui n'est pas nécessaire à la commune, au village, ou au hameau ».

On retrouve le même principe dans un arrêt de la Cour de cassation civile de 1871 : « Celui qui revendique le maintien d'une source, en vertu de l'art. 429 du CCV, doit établir que cette source est nécessaire aux habitants » [32]. Ce principe est encore valable de nos jours puisque l'art. 53 du Code rural de 1911 est identique à cet art. 109.

Enfin, signalons une autre restriction importante à la propriété sur une source figurant à l'art. 106 CR : « Le propriétaire de la source ne peut, sans un motif d'utilité réelle et bien reconnue pour lui-même, combler sa source ou en changer le cours pour le perdre dans un entonnoir souterrain, ou de toute autre manière, au préjudice des fonds inférieurs à l'avantage desquels ces eaux étaient précédemment employées ».

En conclusion, rappelons que le propriétaire est au bénéfice d'un droit absolu de disposition sur la source qui surgit de son fonds, sauf droit acquis par des tiers, et que la loi contient une double restriction à ce principe, la première en faveur des habitants d'un village pour l'eau qui leur est indispensable, la seconde interdisant au propriétaire d'anéantir sa source, sans que cela lui soit vraiment utile, au détriment des fonds inférieurs.

A l'heure actuelle, les droits du propriétaire sont encore plus limités, ainsi qu'on peut le voir aux art. 48 à 53 du Code rural de 1911.

[32] JT 1871 p. 352 et 356.

I. Article 430

L'eau, comme on l'a vu, devient courante au moment où elle sort du fonds où elle jaillit pour se frayer un lit naturel habituellement continu [33].

Quel usage peut-on faire de l'eau courante? C'est le sujet des articles 430 et 431 que nous allons analyser. Le droit français (art. 644 CCF) distingue dans ce cas l'eau dépendante du domaine public des autres eaux courantes. Nous l'avons vu cette distinction n'a pas été reprise dans le canton et l'art. 430 fut modifié en conséquence. Sa teneur est la suivante: « Celui dont la propriété borde une eau courante, peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés.

Celui dont cette eau traverse le fonds, peut de même en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire ».

Une proposition d'adjonction fut présentée par la commission du Grand Conseil le 24 mai 1811 [34]. On désirait ajouter à la fin de l'article la restriction suivante: « ... à moins qu'il n'y ait titre ou prescription contraire ».

Le Petit-Conseil, dans un rapport du 6 mai 1812 [35], s'opposa avec raison et succès à cette suggestion: « Cette addition a paru inutile et dangereuse. Inutile parce que la loi ne dispose que dans le silence des conventions, dangereuse parce que si l'on trouve dans quelques articles du code cette exception, on pourrait en conclure pour ceux où elle ne serait pas que les droits consacrés par la loi se disputent aux droits constitués par contrat. Il faut introduire cette exception dans tous les articles qui établissent un droit, ou ne la mettre nulle part ».

Cet article distingue le cas du fonds bordé par un cours d'eau, de celui qui en est traversé. Dans le premier cas, les riverains ont un droit d'usage limité à l'irrigation. Ce droit est encore restreint dans l'intérêt du propriétaire de l'autre rive et dans celui des propriétaires inférieurs. En effet tous les propriétaires situés le long du cours d'eau ont des droits égaux et l'usage de l'un ne doit pas empêcher celui de l'autre. En revanche, si le

[33] Le lit reste naturel quoique la main de l'homme l'ait amélioré; il ne cesse pas d'être continu quoiqu'il soit accidentellement desséché par les sécheresses de l'été (art. 110 CR).

[34] ACV K VII a 3, 6: art. 539.

[35] ACV K VII a 3, 9: art. 539 et 540.

fonds est traversé par une rivière, le propriétaire dispose d'un droit plus étendu : n'ayant pas de vis-à-vis, il pourra l'utiliser comme bon lui semble à la seule charge de rendre l'eau à son cours ordinaire à la sortie du fonds ; il pourra même la détourner de son lit. On peut se demander également s'il est possible de l'utiliser à des ouvrages d'agrément, tels que piscine, jet d'eau, etc. Le Code civil et le Code rural n'ont pas envisagé cette hypothèse. Si l'art. 430 alinéa 1 ne permet que l'irrigation, l'alinéa 2 est moins clair et ne fait pas expressément cette restriction. Toutefois, nous ne voyons pas pourquoi le propriétaire d'un fonds traversé disposerait d'un droit d'usage illimité alors que le propriétaire riverain ne pourrait utiliser l'eau que pour l'irrigation. Rien ne justifie pareille discrimination. La seule différence existant est que le propriétaire d'un fonds traversé n'a pas à respecter les droits d'un vis-à-vis et qu'il peut ainsi irriguer à sa guise [36]. L'art. 112 du Code rural nous semble confirmer cette opinion. Cette disposition, destinée à compléter l'art. 430 CCV (repris à l'art. 111 CR), n'envisage que l'irrigation tant pour les fonds bordés que pour les fonds traversés par un cours d'eau : « Lorsque la situation du fonds qui borde l'eau courante ou qui est traversé par cette eau le permet, l'irrigation doit être dirigée de manière à rendre autant que possible au cours d'eau le surplus de l'eau qui a servi à l'irrigation ». Enfin il faut remarquer que les cours d'eau appartiennent au domaine public et que l'Etat en est propriétaire. L'usage des riverains est donc strictement limité à ce que la loi leur accorde. Celle-ci ne semble concéder que l'eau qui est nécessaire au fonds, et non pas celle qui est destinée à en augmenter l'agrément. En conclusion, si les propriétaires désirent alimenter un jet d'eau ou remplir une piscine, ils devront demander une autorisation administrative ; ce droit ne leur est pas conféré directement par la loi civile.

Ce droit d'irrigation exigeait des règles précises pour éviter les disputes entre propriétaires. L'art. 430 étant trop laconique, il fallait des règles mieux développées soit sur l'usage des cours d'eau soit, surtout, sur les constructions que les riverains peuvent faire pour en user. Le Code rural, attendu par beaucoup depuis longtemps, vint apporter les éclaircissements nécessaires [37].

[36] Un article paru in JT 1869 p. 447, écrit par Henri Carrard, confirme cette opinion.

[37] Journal de jurisprudence tome 3, années 1844-1845, p. 156 : le rédacteur du journal estimait qu'il fallait des règles plus précises sur les constructions des riverains, et pensait que le Code rural ou une autre loi devait combler ces lacunes. Ses espérances se réalisèrent, car le Code rural fut promulgué 4 ans plus tard.

Tout d'abord, l'irrigation doit être dirigée de manière à rendre autant que possible au cours d'eau le surplus de l'eau qui a servi à irriguer (art. 112 CR). Il est par conséquent interdit de laisser cette eau s'écouler, hors de son lit, sur les terrains situés plus bas. Selon les principes dégagés au sujet de l'art. 426 CCV, le fonds inférieur n'est pas assujetti à recevoir les eaux que le propriétaire supérieur prend dans le cours d'eau, pour la raison qu'il n'y aurait plus d'écoulement naturel, ces eaux ayant été amenées artificiellement sur le terrain à irriguer (art. 94 et 114 CR).

Il semble que le droit d'irrigation soit strictement limité aux riverains, comme en France d'ailleurs [38]. Cette interprétation, conforme au texte, fut confirmée par la Cour de cassation civile [39]. Le Code rural complète le Code civil dans le même sens:

art. 113: « Le propriétaire adjacent à un fonds qui borde l'eau courante, ne peut pas obliger le propriétaire de ce fonds à lui relâcher les eaux qu'il prend pour son irrigation ».

art. 117: « Lorsque le propriétaire d'un fonds qui borde l'eau courante, acquiert un fonds inférieur qui ne jouissait pas du droit d'irrigation, ce propriétaire ne peut pas étendre à son fonds nouveau, le droit de son fonds bordier, à moins que le cours d'eau ne soit assez abondant pour fournir au besoin de tous ».

En revanche, lorsqu'un fonds en état d'irrigation est partagé, la partie du fonds qui cesse d'être au bord du cours conserve le droit d'irrigation (art. 116 CR). En outre, deux ou plusieurs propriétaires peuvent étendre conventionnellement l'irrigation à des fonds qui ne touchent pas au cours d'eau, à condition que le cours d'eau soit assez abondant pour satisfaire aux besoins de tous; dans le cas contraire, les autres riverains peuvent s'opposer à ce que l'irrigation soit étendue au-delà du fonds qui borde l'eau courante (art. 115 CR).

L'art. 120 CR nous apprend que le propriétaire peut même pratiquer un barrage au travers du cours et l'appuyer contre la rive opposée pour faciliter son irrigation, à condition de ne point causer de dommage aux voisins ni à des tiers par le gonflement des eaux ou de quelque autre manière. Evidemment, il ne pourra tout de même pas aller jusqu'à changer le cours du ruisseau pour le faire écouler sur son fonds et étendre son irrigation au préjudice des fonds inférieurs [40].

[38] Demolombe p. 165 ss.
[39] JT 1854 p. 254 ss.
[40] Cf. la loi française du 11 juillet 1847 sur le droit d'appui.

Enfin, remarquons que le droit de prise d'eau ne peut être éteint par prescription (art. 119 CR et 496 CCV).

L'art. 430 a survécu de nos jours dans l'art. 57 du Code rural de 1911, et les art. 112 à 121 de l'ancien Code rural ont tous subsisté dans la loi actuelle aux art. 58 à 67; la formulation en est presque identique. Ainsi les dispositions qui nous régissent actuellement datent, en fait, de 1848. L'art. 57 du Code rural actuel, quant à lui, a son origine dans l'art. 644 du Code Napoléon de 1804 et dans l'art. 430 CCV.

II. Article 431

L'art. 431 CCV apporte une limitation importante au droit d'irrigation: « Il n'est point permis, sous le prétexte d'irrigation ou autrement, de détourner de leur lit les eaux nécessaires à l'usage des moulins ou usines établis ».

Disposition inconnue du CCF, l'art. 431 tire son origine de l'ancien droit vaudois. On trouve, en effet, une telle protection en faveur des moulins et autres usines dans les Loix et Statuts du Pays de Vaud, dans le Plaict Général de Lausanne, dans les Coutumiers de Grandson et d'Aigle [41]. Cette règle semblait donc bien établie chez nous et parut digne d'être conservée dans la nouvelle législation.

Cette protection des usines et des moulins s'étend-elle aussi aux sources, et non pas seulement aux eaux courantes? Telle est la question que les tribunaux durent trancher à plusieurs reprises. Elle ne manque pas d'intérêt. Si l'art. 431 ne s'applique qu'aux eaux courantes, les usiniers seront sans défense face aux propriétaires de sources qui, on l'a vu, peuvent en disposer à leur volonté, en en changeant le cours par exemple, et cela quelle que soit l'importance de la source. En modifiant le cours ou le débit des rivières, les propriétaires de sources pourraient causer un préjudice énorme aux usiniers installés en aval. Il semblait dès lors équitable de leur assurer une protection.

La Cour de cassation civile en a jugé autrement, choisissant une solution très rigoureuse pour les usiniers, mais qui, à notre avis, respecte la loi: « Considérant que si une disposition existe dans la loi au profit des moulins

[41] Loix et Statuts: part. I, Titre XXI, loi VIII folio 135; Plaict Général de Lausanne: loi 277; Coutumier de Grandson: loi 207; Code d'Aigle: liv. III, titre III, loi XXIII.

ou usines établis, cette disposition ne paraît pas avoir eu en vue les eaux d'une source, ni un droit sur la source même. Qu'en effet, la règle dont il s'agit (art. 431) se trouve non parmi les articles du Code civil vaudois qui statuent à l'égard de la source, mais bien à la suite de celui qui s'occupe des eaux courantes. Qu'elle ne fait pas mention de source, mais seulement des eaux ayant un lit, ce qui ne peut s'appliquer qu'à des eaux courantes. Que si l'on consulte le Code rural, l'on retrouve à l'art. 122 cette même disposition en faveur des moulins et usines dans la section qui traite des eaux courantes, en sorte qu'il apparaît nettement que le législateur du Code rural a entendu la disposition de l'art. 431 dans le sens ci-dessus rappelé » [42].

Ce droit sur la source est opposable aux usiniers, alors même qu'ils seraient au bénéfice d'une concession étatique: « Que les concessions accordées par l'Etat ne portent pas sur les sources privées dont les eaux s'écoulaient ou s'écoulent dans le torrent, mais se bornent à régler l'usage du cours d'eau qui forme la baie de Montreux, quant aux moulins et usines qui font emploi de ce cours d'eau. Attendu, dès lors, que ces concessions dans lesquelles les propriétaires de la source des Avants ne figurent en aucune manière ne peuvent constituer des titres en faveur des usiniers sur cette source » [42].

En réaction contre cette jurisprudence sévère, mais juridiquement fondée, de nombreuses pétitions furent adressées au Grand Conseil lui demandant de modifier les dispositions du Code civil sur les sources [43]. Néanmoins, la loi du 26 novembre 1869 sur l'utilisation des lacs et cours d'eau dépendant du domaine public [44] ne vint apporter aucun changement sur ce point épineux. On peut le regretter.

De son côté, le Tribunal Cantonal confirma sa jurisprudence d'une manière tout aussi nette dans un arrêt du 27 août 1886 [45].

Actuellement, les art. 49-50 CR de 1911 restreignent considérablement le droit du propriétaire d'une source, l'Etat pouvant s'opposer à toute dérivation dès qu'il y a un intérêt général à sauvegarder. D'autre part,

[42] JT 1869 p. 569: arrêt Dufour contre usiniers de la Baie de Montreux du 9 septembre 1869.

[43] SILLIG p. 39-40.

[44] ROLV 66 p. 766 ss.

[45] JT 1886 p. 688 ss.

dès qu'une source atteint un débit supérieur à 300 litres-minute, elle tombe dans le domaine public [46].

Si l'art. 430 institue un droit d'irrigation, l'art. 431 vient en empêcher une utilisation abusive. Cet article ne prohibe pas le simple puisage, mais interdit uniquement le détournement de tout ou partie des eaux. Selon la Cour de cassation civile, on puise dans un ruisseau lorsque l'on prend de l'eau de manière intermittente, sans l'aide d'un moyen permanent et fixe. En revanche, constituerait un détournement et non seulement un puisage, le fait d'introduire dans une rivière un tuyau destiné à prendre les eaux [47]. Il semble qu'il faut tenir compte de plusieurs critères pour déterminer s'il y a détournement ou pas: la durée de la prise d'eau, les moyens utilisés, le préjudice causé aux usines, la quantité d'eau détournée... etc.

Heureusement, comme pour l'art. 430, les art. 123 à 125 et 134 à 137 du Code rural complètent le Code civil en fixant d'une manière détaillée les droits respectifs des différents propriétaires établis le long du cours d'eau. Nous n'allons pas analyser ici ces articles: en résumé, il en ressort que, face aux usiniers, les propriétaires inférieurs sont moins bien traités que les propriétaires supérieurs. Quant aux rapports entre les usines situées sur le même cours d'eau, les plus anciennes l'emportent sur les plus récentes, le critère de l'ancienneté étant déterminant.

On retrouve les art. 123, 124, 125 CR dans les art. 69, 70, 71 du Code rural actuel; les règles sur les usines contenues aux art. 74 à 76, identique aux art. 134 à 137 ancien, ont été abrogées et remplacées par les art. 20 à 22 de la loi sur l'utilisation des lacs et cours d'eau dépendant du domaine public du 5 septembre 1944 [48].

Paragraphe 4. Des eaux pluviales et des égouts

L'eau provenant du ciel et les eaux abandonnées sont parties intégrantes du fonds où elles pénètrent; elles appartiennent dès lors à son propriétaire. Qu'en est-il dans le cas où ces eaux ruissellent sur les chemins publics? L'Etat est censé en avoir la libre disposition, mais la plupart du

[46] Cf. *supra* p. 27 note 12. Cf. aussi sur le régime des usines installées sur les cours d'eau dans le canton de Vaud: Bonard Jacques: « Origines et caractères du double régime d'exploitation hydraulique en droit vaudois », Thèse, Lausanne 1943.

[47] JT 1859 p. 322.

[48] ROLV 141 p. 193 ss.

temps, il n'en voit pas l'intérêt. Qui pourra en jouir? Les articles suivants répondent à cette question:

Art. 432 CCV: « Les eaux pluviales et celles qui, étant abandonnées, se jettent naturellement sur les chemins, sont à la disposition du premier occupant, chacun vis-à-vis de son fonds, sauf les règlements sur la police des routes ».

Art. 433 CCV: « La disposition de l'article précédent ne s'applique pas aux eaux qui proviennent de sources, ou aux égouts de fontaines, d'écuries ou de fumier, qui coulent sur les chemins dans des canaux ouverts ou fermés, faits avec l'autorisation de la Police, lesquelles demeurent dans la propriété de ceux qui ont, à cet égard, titre ou possession ».

Rédigés définitivement en 1812, ces deux articles sont des créations proprement vaudoises, le Code Napoléon ne contenant pas de prescriptions analogues. La loi sur les chemins du 24 juillet 1811 [49], à son article 100, renvoyait expressément au Code civil pour déterminer la propriété de ces eaux. Il était par conséquent indispensable d'introduire ces dispositions [50].

Mais leur origine est encore plus ancienne: la commission de jurisconsultes en avait déjà posé les bases en 1807. On trouve même dans le Coutumier de Grandson une pareille loi, alors que les autres coutumiers ne contiennent rien de semblable [51].

[49] ROLV 8 p. 228.

[50] Ces deux dispositions sont complétées dans les lois suivantes: loi du 24 juillet 1811 sur les chemins, ROLV 8 p. 190 ss spéc. p. 229 ss: art. 102 à 110; loi sur la police des routes du 20 janvier 1851, ROLV 48 p. 239 ss spéc. p. 247 ss: art. 19 à 28.

[51] Coutumier de Grandson de 1703 (Yverdon - 1780), p. 97 loi 207: « Chaque particulier se pourra prévaloir pour égayer ses prés ou clos, ou autres possessions, des eaux provenantes des fossés, ruisseaux, fontaines, dégouts des chemins et autres, sans porter toutefois nuisance à son voisin ni aux charrières, ni au cours des eaux des moulins, ainsi qu'a été accoutumé ». Suivi d'une note: « Dans le Règlement souverain de 1758, concernant les grands chemins, il est dit dans l'art. IV fol. 16: il doit être établi des deux côtés du chemin, des coulisses ou fossés d'écoulement, et on prendra garde, de faire écouler l'eau du chemin par l'endroit où elle causera le moindre dommage. Et dans l'art. V: Les particuliers qui font usage de cette eau pour arroser et égayer, seront tenus de la conduire au dehors du chemin, et cela par des coulisses ou fossés, qu'ils auront soin d'entretenir en bon état, partout où le conduit d'eau avoisine le chemin. Quant aux endroits où l'eau traverse nécessairement le chemin dans sa largeur, on ne doit pas la conduire autrement que par des rigoles pavées, ou par des coulisses ouvertes ». Cf. FAVEY p. 79 et 97: le Coutumier de Moudon de 1577 ne contient quasiment pas de dispositions sur les droits réels et l'art. 207 du Coutumier de Grandson n'existe pas dans le Coutumier de Moudon bien que ce dernier ait influencé les habitants de Grandson dans l'élaboration de leur coutumier.

Les arguments invoqués pour leur insertion dans le CCV sont exprimés dans un rapport du Petit-Conseil du 29 mai 1812 [52]: « Or consultant l'équité naturelle, qui veut que ces eaux appartiennent au premier qui est à portée d'en faire usage, l'utilité publique qui demande qu'on en débarrasse le plus tôt possible la voie publique et le vœu prononcé du Grand Conseil qui, dans la discussion sur cette matière, a manifesté l'opinion que les eaux pluviales sont au premier occupant, le Petit-Conseil a maintenu l'article proposé (432) en y apportant quelques modifications dans la rédaction, mais surtout en y joignant un article (433) tendant à exclure de la disposition ci-dessus, les eaux... fontaines et égouts des fumiers et écuries des villages, ce qui diminue infiniment l'importance qu'on met à cet article (432) ».

La jurisprudence est rare au sujet des eaux pluviales. Cependant la Cour de cassation civile a rendu un arrêt intéressant fixant les limites du droit d'occupation: « En reconnaissant à tout propriétaire riverain d'un chemin la faculté d'utiliser les eaux pluviales qui coulent naturellement sur ce chemin, le Code civil n'a pas entendu reconnaître un droit absolu, qui puisse être réclamé contre le domaine public et qui soit de nature à empêcher toute cancellation ou changement d'état du chemin qui aurait pour effet d'amoindrir ou enlever l'usage de ces eaux » [53].

Pour finir, examinons la section du Code rural traitant de ce sujet.

Seuls les propriétaires dont les fonds touchent immédiatement les chemins peuvent exercer le droit d'occupation (art. 127 CR). D'autre part, le propriétaire inférieur ne peut pas, même avec l'autorisation de l'administration, faire sur le chemin et plus haut que son fonds, des ouvrages pour attirer les eaux pluviales plus bas et en priver l'ayant droit (art. 128, 1 CR). De plus, nul ne peut conduire ses eaux ou égouts sur les chemins par des fossés, aqueducs, chéneaux ou autres ouvrages non couverts, lorsque ces ouvrages détournent les eaux pluviales ou abandonnées qui sont à la disposition du premier occupant (art. 133, 1 CR).

Les municipalités sont mises sur le même pied que les particuliers: elles ne peuvent disposer par bail, vente ou autrement, des eaux pluviales ou abandonnées qui se jettent naturellement sur les chemins, ni des boues ou des engrais que ces eaux entraînent. Elles ne peuvent en disposer pour les fonds communaux qu'en qualité de premier occupant (art. 131 CR).

[52] ACV K VII a 3, 9: rem. ad art. 540 bis.

[53] Arrêt du 19 décembre 1850. Cf. répertoire des arrêts rendus par le Tribunal Cantonal de 1846 à 1877 publié par le notaire Boven d'après les recueils de Bippert, p. 103.

Nous retrouvons à l'art. 129 l'une des deux exceptions prévues à l'art. 94 selon lequel les propriétaires des fonds inférieurs ne sont pas assujettis à recevoir les eaux que les propriétaires des fonds plus élevés amènent sur leurs fonds par des ouvrages faits à main d'homme. En effet, le fonds le plus bas est contraint de recevoir l'écoulement des eaux pluviales que le propriétaire supérieur a pris sur le chemin et dont il a disposé en vertu de son droit de premier occupant; cette charge existe lors même que le propriétaire supérieur aurait fait sur le chemin ou sur son fonds des ouvrages pour l'exercice de son droit.

Comme on l'a vu dans l'arrêt cité plus haut, les changements apportés par l'administration pour l'amélioration des chemins sont toujours possibles. Même si un propriétaire est privé des eaux dont il jouissait précédemment, il ne pourra se plaindre. L'administration serait même habilitée à établir des fossés ou autres ouvrages qu'elle jugerait convenable pour assainir les dits chemins (art. 130 et 133, 2 CR).

A peu de choses près, ces règles se retrouvent intégralement dans le Code rural de 1911 à ses art. 77 à 83. L'art. 77 correspondant à l'art. 432 CCV, l'art. 82 à l'art. 433. Une fois de plus, nous constatons que le Code rural de 1911 a largement puisé dans la législation antérieure.

Paragraphe 5. L'article 434 CCV

« S'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels les eaux (ces eaux — art. 645 CCF) peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété; et, dans tous les cas, les règlements particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux, doivent être observés ».

Le texte de l'art. 645 CCF est adopté à la différence que l'on a remplacé « ces eaux » par « les eaux ». Il pourrait sembler superflu de relever cette nuance et pourtant elle soulève une question intéressante: de quelle sorte d'eau s'agit-il ici? Cet article s'applique-t-il aux eaux pluviales et abandonnées dont traitent les deux dispositions qui précèdent ou bien a-t-il trait aux eaux courantes?

Secrétan [54] avoue qu'il n'est pas aisé de savoir dans quels cas on en fera l'application. Pour lui, il s'agirait ici de concilier l'intérêt de l'agriculture

[54] Secrétan p. 167 note ad art. 434.

avec le respect dû à la propriété de l'eau. Or, comme les eaux courantes n'entrent dans la propriété exclusive de personne, l'art. 434 CCV ne concerne pas les cours d'eau. A son avis, cette disposition s'appliquerait aux passages des eaux sur le fonds d'autrui déjà traités dans les anciennes coutumes [55], le juge ayant le pouvoir de contraindre des particuliers à céder des passages d'eau sur leur terrain, dans la mesure où ces droits seraient indispensables à d'autres propriétaires. Secrétan rejette donc la thèse française selon laquelle cette disposition serait applicable aux litiges entre riverains d'un cours d'eau [56]. A notre avis, cet auteur s'est trompé sur la portée du mot « propriété » employé par le législateur. Il s'agit ici de la propriété des fonds, et non de celle de l'eau comme il le prétend. Cette méconnaissance du texte légal a faussé tout son raisonnement. Pour nous, il ne fait aucun doute que l'art. 434 concerne les eaux courantes. D'ailleurs, si l'art. 434 avait eu le sens donné par Secrétan, il serait devenu inutile lors de la mise en vigueur du Code rural. En effet, cette loi traite du passage des eaux sur le fonds d'autrui à ses art. 81 et suivants. Dès lors pourquoi l'art. 434 aurait-il subsisté? Certainement parce qu'il s'appliquait à un autre cas: celui des eaux courantes. Dans le Code civil français d'ailleurs, la règle en question est précédée des art. 643 et 644 traitant précisément des eaux courantes. Elle en est la suite logique. Aucun des auteurs français que nous avons consultés n'hésite là-dessus [57]. Nous ne voyons pas pourquoi il faudrait interpréter cette prescription d'une manière différente qu'elle ne l'est en France, sinon il aurait fallu le spécifier, modifier l'article ou ne pas l'introduire.

Dans ce débat, la jurisprudence ne nous est malheureusement d'aucun secours; elle est muette sur la question. Une fois de plus, c'est le Code rural qui vient nous éclairer. L'art. 118 nous dit expressément que le « propriétaire dont le fonds borde l'eau courante n'a qu'un droit d'usage sur cette eau pour l'irrigation de son fonds; en cas d'abus de sa part, les propriétaires latéraux et inférieurs peuvent faire régler l'usage de l'eau courante et les tribunaux prononcent à teneur de l'art. 434 du Code civil ». Il n'y a donc plus d'hésitation possible.

Nous arrêtons là nos remarques sur cet article et quittons le droit des eaux pour aborder deux problèmes très différents: le bornage et la clôture.

[55] Cf. Plaict Général de Lausanne: loi 275.

[56] Rogron note ad art. 645; Demolombe p. 144 ss.

[57] Marcadé p. 581; Pardessus p. 166; Demante p. 543.

Chapitre II

DU BORNAGE ET DE LA CLÔTURE

Paragraphe 1. Le bornage

« Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. Le bornage se fait à frais communs » (art. 435 CCV).

Repris intégralement du Code français (art. 646), cet article fut complété par le Code rural et la loi du 18 novembre 1863 sur la rénovation des plans et cadastres dont l'art. 5 dispose que: « Le bornage de propriétés contiguës est obligatoire, lorsque la levée du plan d'une commune a été ordonnée » [1]. Il ne s'agit plus, dans ce cas, d'un droit que les particuliers pourraient faire valoir, mais d'une obligation imposée à tous au fur et à mesure de la rénovation des plans.

Les art. 1 à 6 du Code rural définissent les différentes espèces de limites. Les art. 7 à 25 traitent du bornage à l'amiable et du bornage juridique de manière détaillée. Nous ne faisons que renvoyer à ces dispositions dont l'étude sort du cadre de notre travail [2].

Paragraphe 2. La clôture

« Tout propriétaire peut clore son fonds, sauf ce qui est statué à l'art. 472, les dispositions de la loi sur le parcours et celles des lois forestières » (art. 436 CCV).

[1] ROLV 60 p. 671 ss.

[2] Cf. art. 57 CR de 1848; art. 3 à 8 CR de 1911; art. 141 LVCC de 1910 et art. 411 à 419 du Code de procédure civile de 1966.

Les jurisconsultes de la première commission ont réuni, en 1807, en une seule règle la matière des art. 647 et 648 du Code français. Il ne s'agit pas ici à proprement parler d'une servitude, mais, comme dans d'autres cas réunis dans cette partie, d'un simple attribut de la propriété.

Tout propriétaire peut clore son fonds s'il le désire à trois exceptions près: la première est contenue à l'art. 472 CCV, les deux autres dans des lois particulières. La réserve de l'art. 472 concerne le passage nécessaire. Dans le cas où un fonds serait enclavé, sans issue sur une voie publique, les voisins sont tenus de céder un passage sur leurs propres fonds pour l'exploitation de la parcelle enclavée. Par conséquent, ils ne pourront pas clore leurs terrains à l'endroit où s'effectuera ce passage, bien qu'ils conservent le droit de le faire ailleurs, ou du moins devrons-ils laisser au propriétaire du fonds dominant les moyens d'exercer son droit, lui remettre la clé d'un portail par exemple. Il en est de même en France (art. 682 CCF).

La deuxième exception concerne la loi sur le parcours. Définissons, tout d'abord, l'institution du parcours et celle qui lui est très proche: la vaine pâture. Selon la terminologie française, le parcours est le droit qu'ont plusieurs communes de conduire réciproquement leurs troupeaux en pâture sur le territoire l'une de l'autre [3]. La vaine pâture est le même droit que les habitants d'une même commune exercent sur les propriétés les uns des autres. Vaine, car comme pour le parcours les bestiaux paissent seulement ce qui n'est pas d'un produit réel et effectif, ou ce qui reste après que les véritables produits de la terre ont été enlevés [4].

Dans nos régions, la notion de parcours englobe celle de vaine pâture. La loi vaudoise sur l'abolition du parcours du 5 février 1842 [5] ne fait pas la distinction existant en droit français. Cette différence terminologique n'a d'ailleurs pas d'incidence pratique.

Examinons maintenant l'évolution du droit de parcours en France tout d'abord, dans notre canton ensuite. En France, le droit de parcours fut aboli un peu plus tôt que chez nous, à la fin du XVIII[e]. Selon les auteurs du siècle passé, la coutume obligeait, dans le régime seigneurial, les propriétaires de fonds ruraux à laisser leurs héritages non clos afin de faciliter l'exercice de certains droits alors très répandus, tels que ceux de chasse

[3] MARCADÉ p. 585.
[4] ROGRON note ad art. 648. Vaine par opposition à vive.
[5] ROLV 39 p. 25 ss.

et de parcours. Cette loi était très onéreuse pour l'agriculture et fut complètement abolie par la loi des 28 septembre et 6 octobre 1791 [6].

Dans le canton de Vaud, la disparition du droit de parcours fut plus progressive. Voici comment Guisan [7] nous la décrit: « La clôture des possessions a, de très bonne heure, attiré l'attention du Gouvernement de Berne. De toute ancienneté, les Communiers avaient le droit de faire pâturer leur bétail sur toute l'étendue du territoire de la commune, savoir sur les champs après la récolte, sur les prés tantôt après le premier, tantôt après le second foin et enfin à toute époque de l'année sur les terres en jachère. Les auteurs ne sont pas d'accord sur l'origine de ce droit. Une ordonnance bernoise du 10 mars 1591 [8] enjoignit aux communes d'autoriser les particuliers, moyennant le payement du denier six sur le produit du fonds, à clore leurs terres pendant le terme de six ans et cela à titre d'essai. Cet essai ayant pleinement justifié l'utilité de cette mesure, la faculté accordée par l'ordonnance précitée devint définitive. Nous voyons, en effet, par la loi IV fol. 279 du Coutumier Vaudois [9] que la faculté de clore, comme il était dit dans l'ordonnance du 10 mars 1591, fut étendue à tous les bourgeois et sujets du Pays de Vaud, les étrangers exceptés. Le gouvernement de Berne poursuivit l'œuvre qu'il avait commencée et il rendit le mandat dit « des passations à clos », qui développa et appliqua les principes déjà posés par l'ordonnance de 1591. Le mandat des passations à clos, qui fut confirmé le 13 janvier 1717 [10] et imprimé le 13 juin de la même année, fut, dit Boyve [11], un chef-d'œuvre pour l'économie: il contribua pour un large part au progrès et au développement de l'agriculture [12]. Ce mandat n'exceptait de la faculté de se clore que les fins de pie, c'est-à-dire de vastes étendues de pâturages qui, bien qu'appartenant à des particuliers, étaient en quelque sorte soumis à une administration commune.

[6] Marcadé p. 585; Demolombe p. 310 ss; Demante p. 555-6.

[7] Guisan p. 537 à 540.

[8] ACV Ba 2/1 p. 234.

[9] Loix et Statuts II, 10, 4 folio 279.

[10] ACV Ba 40: Nouveau Mandat et Règlement de la Passation à clos et records du 3 juin 1716, confirmé le 13 janvier 1717. Cf. aussi ACV Ba 2/1 p. 530-1: Mandat du 9 avril 1717 à tous les baillis du Pays de Vaud: éclaircissements sur les passations à clos.

[11] Boyve: « Remarques » p. 214.

[12] Cf. Vaudaux Pierre: « Essai sur l'abolition du parcours », Lausanne 1805. BCU A 1206/16. L'auteur démontre les inconvénients du parcours et plaide en faveur de son abolition.

Le Gouvernement du Canton de Vaud se préoccupa dès les premiers jours de son existence, des moyens d'arriver à une abolition complète du parcours soit de la vaine pâture. Un des premiers actes du Petit-Conseil fut l'ouverture d'un concours public sur le droit de parcours et sur ses effets... Ce concours fut suivi de la présentation d'un projet de loi sur l'abolition du parcours : il fut adopté par le Grand Conseil le 12 juin 1805 [13]. Il a pour considérant : « qu'une longue expérience a démontré que l'exercice du parcours est nuisible aux progrès de l'agriculture et par conséquent à l'augmentation des produits du sol ». Cette loi, tout en maintenant les règles posées dans le mandat des passations à clos, autorisa l'abolition du parcours dans les soles (fins de pie), mas de pré (étendue de prés), bois et autres fonds non communaux qui, jusqu'ici, ont été broutés en commun à des temps déterminés.

Sous l'influence de cette loi, le parcours disparut bientôt à peu près complètement, sauf dans les portions réservées par la loi de 1805, mais la loi du 5 février 1842 [14] étendit la faculté d'abolition du parcours même aux fonds exceptés par la loi de 1805 et tous les droits de parcours exercés sur des fonds ruraux furent déclarés rachetables ».

La troisième exception concerne les lois forestières, le parcours des forêts étant réglé par des lois spéciales. La loi sur les forêts du 9 juin 1810 [15] déclarait les droits de parcours rachetables, moyennant le payement d'une somme égale à vingt fois la valeur annuelle moyenne du droit de parcours ou la cession d'une partie du sol équivalente. La loi du 12 juin 1835 [16] a encore facilité les conditions du rachat et l'on peut dire que le droit de clôture est devenu absolu dans le canton. Par conséquent les réserves faites par l'art. 436 furent sans aucune portée dès la mise en vigueur de cette loi.

Nous avons vu les exceptions au droit de clôture contenues à l'art. 436 et restreignant l'usage de ce droit. Examinons maintenant deux autres réserves résultant de la loi et des conventions qui, au lieu de prohiber les clôtures, les rendent au contraire obligatoires.

Art. 28 Code rural : « Tout propriétaire de pâturages destinés à l'alpage, ou estivage du bétail dans les montagnes, est tenu de clore son fonds, de manière à ce que le bétail ne puisse pas s'introduire sur les fonds voisins.

[13] ROLV 3 p. 131.

[14] ROLV 39 p. 25 ss.

[15] ROLV 7 p. 167 ss spéc. p. 195 : art. 106.

[16] ROLV 32 p. 46 ss : Loi sur l'administration des forêts. Surtout p. 110 ss : art. 191 à 203.

L'obligation de clôture, entre deux alpages ou estivages, est réciproque et s'exécute à frais communs, lors même que l'un des propriétaires cesserait momentanément de faire pâturer du bétail sur sa propriété ».

Dans ce cas, les propriétaires n'ont plus seulement la possibilité mais l'obligation de clore leurs fonds. Cette protection accordée aux voisins est compréhensible, mais constitue une lourde charge pour celui qui doit effectuer des travaux de clôture très onéreux.

La seconde réserve concerne les conventions entre propriétaires. En voici deux exemples : « Echange » passé à Lausanne devant le notaire François Jacottet le 6 mai 1868 [17] :

« Il est convenu qu'à partir de la maison que le comparant se propose de construire à l'extrémité méridionale de sa propriété article du 3077, du 6887 et 3076 du cadastre, sur une profondeur de 22 à 25 pieds, il fermera les terrains qui lui ont été cédés par le présent acte au moyen d'un mur de 14 pieds de hauteur au plus, lequel sera construit sur son fonds et sera sa propriété, mais contre lequel le comparant Rochat pourra appuyer des espaliers ».

« Cession en lieu de partage » passée à Lausanne devant le notaire Jacques Vallotton le 30 novembre 1874 [18] :

« ... Les murs de clôture qui seront construits le long de ladite avenue ne pourront pas avoir plus de 3 pieds de haut. Ils devront être en carraudage avec un couronnement en granit, et être surmontés d'une grille en fer d'un type uniforme sur lequel il y aura lieu de s'entendre avec les autres propriétaires ».

Ainsi les particuliers peuvent s'obliger à clore leurs propriétés et les contrats contiennent parfois des directives très précises quant à la manière d'y procéder.

De nos jours, les règles sur le droit de clôture sont contenues aux art. 9, 10, 11 et 23 du Code rural de 1911, reprenant les anciens art. 26, 28, 29, 30 du Code de 1848. Signalons pour conclure une nouveauté importante introduite par le Code civil suisse : l'art. 699, dont l'alinéa 1 est conçu comme suit : « Chacun a libre accès aux forêts et pâturages d'autrui et peut s'approprier baies, champignons et autres menus fruits sauvages, conformément à l'usage local, à moins que l'autorité compétente n'ait édicté, dans l'intérêt des cultures, des défenses spéciales limitées à certains

[17] ACV notaire François Jacottet, Lausanne, registre 4 p. 171.

[18] ACV notaire Jacques Vallotton, Lausanne, registre 11 p. 195, clause 1.

fonds ». Ce droit d'accès a des limites. En effet, dans certaines régions, l'usage local peut permettre aux propriétaires de clore leurs fonds. Il en est ainsi dans le Jura et dans les Alpes. Toutefois, dans ce cas-là, les clôtures ont pour but unique d'éviter la divagation du bétail et non d'empêcher l'accès des promeneurs. D'ailleurs, l'art. 10 du Code rural de 1911, reprenant l'art. 28 CR précité, prévoit que tout propriétaire de pâturage, destiné à l'alpage ou à l'estivage du bétail dans les montagnes, est tenu de clore son fonds de manière que les bestiaux ne puissent s'introduire sur les fonds voisins. Ils ont ainsi, non seulement la faculté de le faire, mais l'obligation. D'autre part, les propriétaires peuvent clore leurs fonds et empêcher tout accès dans l'intérêt des cultures, s'il y a, par exemple, des plantations de jeunes arbres à protéger. Dans ces cas-là, seules les autorités compétentes peuvent édicter des défenses spéciales. Ainsi l'art. 168 LVCC prévoit que ces interdictions doivent être prononcées par le juge de paix à la demande du propriétaire de la forêt et du pâturage. Il faut en outre obtenir une autorisation provenant du Département de l'Agriculture, de l'industrie et du commerce qui n'est délivrée que si la demande est justifiée dans l'intérêt des cultures [19]. Enfin, l'art. 699, 2 prévoit qu'en ce qui concerne la chasse et la pêche, la législation cantonale peut déterminer la mesure en laquelle il est possible de pénétrer dans le fonds d'autrui. Nous renvoyons ici aux différentes lois cantonales et fédérales [20].

En revanche, contrairement au droit actuel, le droit d'accès n'existait pas au siècle dernier dans notre canton: dès que les forêts et pâturages, appartenant à des particuliers, étaient entourés d'une clôture, il était interdit d'y pénétrer.

[19] Meier-Hayoz Arthur: « Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht », Bern 1975: Das Sachenrecht, Band IV — p. 427 ss spéc. p. 436.

[20] Chasse: loi fédérale sur la chasse et la protection des oiseaux du 10 juin 1925 art. 12. — Recueil systématique du droit fédéral 922. ROLV 162 p. 164: loi vaudoise sur la chasse du 26 mai 1965, art. 14. Pêche: ROLV 154 p. 187: loi sur la pêche du 3 septembre 1957, art. 6. ROLV 123 p. 103: loi sur le marchepied le long des lacs et des plans riverains du 10 mai 1926, art. 2, 1.

TROISIÈME PARTIE

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI

Chapitre Premier

GÉNÉRALITÉS

I. Art. 437 CCV : « Les servitudes établies par la loi ont pour objet l'utilité publique ou communale, ou l'utilité des particuliers » (= 649 CCF).

Le législateur fait une distinction parmi les servitudes légales : les unes sont créées pour des raisons d'utilité publique, les autres concernent les rapports de voisinage entre particuliers. Les premières sont réglées par des lois et règlements spéciaux et font partie du droit public, par conséquent elles sortent de notre sujet ; les secondes sont réglées par le Code civil et les lois sur la police rurale. Il s'agit de règles de droit privé, elles font l'objet de cette troisième partie.

II. Art. 438 CCV : Les servitudes « établies pour l'utilité publique ou communale ont pour objet le marchepied le long des eaux, la construction ou réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux.

Tout ce qui concerne cette espèce de servitudes est déterminé par des lois ou des règlements particuliers » [1].

Enoncé différemment de l'art. 650 CCF, l'art. 438 CCV n'a pas repris la distinction entre eaux navigables et flottables et les autres eaux. Nous

[1] Par exemple ROLV 8 p. 225, loi sur les chemins du 24 juillet 1811, art. 90 ss traitant des distances à respecter pour les plantations d'arbres le long des routes.

avons déjà eu l'occasion de signaler une telle divergence à propos de l'art. 430 CCV, ainsi que dans notre introduction à la deuxième partie [2].

Nous nous bornerons à citer un exemple de servitude légale d'utilité publique: selon l'article 49 de la loi sur les chemins du 24 juillet 1811 [3], les particuliers ont l'obligation de laisser extraire de leurs fonds le gravier nécessaire à l'entretien des chemins. Une telle obligation est évidemment en faveur des usagers des chemins, c'est-à-dire en faveur d'un nombre indéterminé de personnes. Il s'agit d'une règle de droit public, soumise aux principes qui lui sont propres, et non d'une règle de droit privé [4].

III. Au plan du droit privé, « la loi assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention » (art. 439 CCV = 651 CCF). Dans ces cas-là, les propriétaires peuvent déroger aux dispositions légales et instituer par contrat les règles qui, dorénavant, détermineront leurs relations. S'il n'y a pas de conventions particulières, c'est la loi qui régit les droits et obligations des propriétaires les uns à l'égard des autres.

Art. 440 CCV: « Une partie de ces obligations est réglée par les lois sur la police rurale.

Les autres sont relatives au mur et au fossé mitoyens, au cas où il y a lieu à contre-mur, aux vues sur la propriété du voisin, à l'égout des toits, au droit de passage » (cf. 652 CCF [5]).

Les lois sur la police rurale contenaient les règles relatives aux gardes champêtres, à la prise d'animaux ou d'insectes nuisibles, aux bans de vendanges, etc. [6]. Toutes ces règles ont été reprises et ajoutées à de nouvelles

[2] Cf. *supra* p. 21 et p. 37. On peut d'ailleurs se demander s'il n'aurait pas fallu tout supprimer, car le marchepied n'était établi, en France, que dans l'intérêt de la navigation, pour permettre le halage des bateaux. On ne voit guère l'utilité d'une telle disposition chez nous. Cf. Baudry-Lacantinerie p. 655.

[3] ROLV 8 p. 190; cf. ROLV 61 p. 178, loi sur les routes du 23 mai 1864 art. 44.

[4] JT 1859 p. 326. La servitude en faveur du public s'acquiert au moyen d'une procédure d'expropriation, ce qui n'est pas le cas pour les servitudes privées.

[5] L'art. 652 CCF commençait directement par « Partie de ces obligations... »; les Vaudois ont ajouté l'article « une » partie...

[6] ROLV 1 p. 74 arrêté du 7 mars 1803 sur les mesures pour la destruction des hannetons et larves. ROLV 1 p. 398 arrêté du 26 septembre 1803 sur la fixation de l'époque des vendanges par les municipalités. ROLV 13 p. 187 loi du 27 mai 1816 sur les fonctions et la compétence des conseils communaux et des municipalités, art. 15.

pour former le Code rural de 1848. Les autres obligations dont il est fait mention à l'alinéa deux font l'objet des articles 441 à 476 du Code civil vaudois. Ce sont elles que nous allons commenter dans les pages qui vont suivre.

Chapitre II

DES MURS MITOYENS

Un mur devient mitoyen de trois manières, par présomption légale, lorsqu'il est construit en commun par les propriétaires des fonds qu'il sépare et lorsque le propriétaire du mur en cède la moitié à son voisin.

Paragraphe 1. Les présomptions de mitoyenneté et de non-mitoyenneté

Le Code civil prévoit dans quels cas un mur doit être considéré mitoyen. Il institue un système de présomptions. Sous certaines conditions, le mur est réputé mitoyen ou non-mitoyen jusqu'à preuve du contraire. La présomption peut être renversée, mais c'est à celui qui prétend être seul propriétaire ou qui affirme l'existence d'une copropriété d'en apporter la preuve. Le système établi par les articles 441 et 442 CCV est très complexe; les conditions pour qu'un mur soit au bénéfice de la présomption de mitoyenneté sont nombreuses. Il semble que le législateur ait voulu éviter les murs mitoyens pour désigner le plus souvent possible un propriétaire unique. A ce propos, il existe de grandes différences entre les deux articles du CCV et les art. 653 et 654 CCF.

I. Article 441 CCV

Art. 441 CCV

« Dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge, ou entre cours

Art. 653 CCF

« Dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge, ou entre cours

et jardins, et même entre des fonds de terre de même nature, si ces fonds sont de niveau, est présumé mitoyen, s'il n'y a titre ou marque du contraire.	et jardins, et même entre enclos dans les champs, est présumé mitoyen, s'il n'y a titre ou marque du contraire ».
Si les fonds, étant de niveau, ne sont pas de même nature, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du fonds que la loi considère comme le plus précieux. Dans ce sens, le jardin est regardé comme plus précieux que la chenevière, la chenevière que la vigne, la vigne que le pré, le pré que le champ, le champ que le bois.	*Inconnu*
Si les fonds ne sont pas de niveau et qu'un mur soutienne le terrain du fonds le plus élevé, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du fonds que le mur soutient [1] ».	*Inconnu*

Cet article est fondé sur deux distinctions. D'une part, il établit une gradation entre les fonds en raison de leur nature; d'autre part, il fait une différence entre les fonds qui sont de niveau et ceux qui ne le sont pas. Concernant l'échelle de valeur établie entre les fonds, certains estimaient qu'il fallait y intégrer les pâturages et que l'on devait allonger la liste. Le Petit-Conseil s'opposa à une telle proposition dans un rapport du 6 mai 1812 [2]: « l'on avait désiré que le pâturage fût ajouté à cette nomenclature de fonds, et que le mettant au dernier degré, l'on eût dit que le bois était préférable au pâturage. Cette observation n'a pas été admise parce que le sol de nos montagnes où existent ces propriétés, alterne fréquemment, pour leur destination, du bois au pâturage, et qu'ainsi le principe de la loi serait établi sur un fait mobile, qui ferait naître plus de difficultés qu'il n'en préviendrait ». Le Code français est beaucoup plus simple et on peut s'étonner que le législateur ait ainsi modifié cet article 653 CCF. Il semble que ce soit par respect pour les anciens usages du pays que l'on a introduit ces changements, car les Loix et Statuts contenaient, à peu près, la même

[1] Héberge: point où le bâtiment commence à être plus élevé que l'autre. Chenevière: champ où se cultive le chanvre. Pré: terre à foin ou à pâturage. Champ: pièce de terre labourable.

[2] ACV K VII a 3, 9.

gradation [3]. Selon cette loi, le propriétaire du fonds le plus précieux était tenu de se clore à ses frais et restait évidemment seul propriétaire de la clôture. En revanche, si les fonds contigus étaient de même nature et que les propriétaires avaient l'intention de les clore, la clôture se ferait à frais communs et deviendrait mitoyenne [4]. Par conséquent, sous l'Ancien-Régime, de nombreux murs de clôture n'étant pas mitoyens, il était logique de préserver cet état de droit dans la nouvelle législation et de limiter les cas d'application de la présomption de mitoyenneté en conservant la gradation en vigueur jusque là.

Le second critère de différenciation basé sur le niveau des fonds est aussi inconnu du droit français et, semble-t-il, de l'ancien droit vaudois [5]. Il s'agit d'une nouveauté. L'alinéa 3 paraît même exiger deux conditions: tout d'abord une différence de niveau réelle, et ensuite, que le mur construit à la limite soutienne effectivement le terrain le plus élevé. Que faut-il entendre par l'expression « soutenir le fonds supérieur »? Le texte n'est pas très explicite à cet égard. A notre avis, il faut que la différence de niveau puisse être constatée de part et d'autre du mur, mais il n'est pas nécessaire que la fonction première de la construction soit le soutènement. Il n'est pas indispensable de prouver non plus que le terrain pourrait s'affaisser si le mur n'existait pas.

Sur un autre point, on est aussi obligé de reconnaître que l'art. 441 n'est pas très clair. La condition que les fonds soient de niveau touche-t-elle seulement les murs entre fonds de terre ou concerne-t-elle aussi ceux qui séparent les cours et les jardins? Selon Secrétan, le mur entre une cour et un jardin est présumé mitoyen quels que soient leurs niveaux. Il en va de même, selon lui, pour le mur séparant deux cours, pour la raison que « ce sont des terrains si fort liés avec ceux des bâtiments, qu'on doit suivre à leur égard la même règle » [6]. En revanche, le mur existant entre deux jardins, « fonds de terre de même nature », n'est pas mitoyen si les niveaux sont différents; il est censé appartenir au propriétaire du jardin le plus

[3] Loix et Statuts II, 10, 6, folio 281 : a) jardin, courtil, b) oche, chenevière, c) vigne, d) record, clos, e) pré, f) champ, g) bois.

[4] Cf. Code d'Aigle III, 3, 14; Loix et Statuts de Payerne II, 5, 1 : la clôture se fait aussi à frais communs, contrairement au Coutumier de Grandson dont la loi 203 prévoit que les frais sont en proportion de la grandeur des pièces.

[5] A moins que l'expression « joindre un fonds » signifie à la fois contiguïté et égalité de niveau, mais rien ne le laisse supposer.

[6] SECRÉTAN p. 169 note 2 ad art. 441.

élevé. Cette explication s'accorde avec le texte légal et nous partageons l'avis de Secrétan. Le mur entre deux bâtiments est présumé mitoyen jusqu'au point où l'un des édifices commence à être plus haut que l'autre. L'héberge se situe à l'endroit où les bâtiments se séparent, mais on peut aussi la situer au lieu où se trouvent les vestiges les plus élevés annonçant l'existence d'une construction, s'il n'y a plus que des ruines. La mitoyenneté subsiste donc même si l'une des bâtisses est démolie.

En dehors des cas particuliers que nous venons de passer en revue, tous les murs de clôture sont soumis à la règle suivante: pour qu'il y ait mitoyenneté, il faut que les fonds soient de mêmes nature et niveau. S'ils ne sont pas de même nature, le mur dépend du fonds réputé le plus précieux; s'ils ne sont pas de niveau, le mur appartient au propriétaire du fonds supérieur [7].

Le Code civil français ne se préoccupe pas du niveau des fonds pour qu'un mur soit présumé mitoyen. Il faut et il suffit, d'après Demolombe [8], qu'il soit établi entre deux fonds également clos de tous leurs côtés sans égard à leur nature. Si un seul héritage est clos de tous les côtés, il est à présumer que le mur appartient à celui qui a jugé devoir se clore et non à celui dont le fonds est ouvert des autres côtés. Le système français est très différent et beaucoup plus simple que le système vaudois. Ce dernier nous paraît pourtant assez clair et mieux adapté à notre canton, car il respecte nos anciens usages. L'application dans notre pays du droit français aurait eu pour conséquence de rendre mitoyens nombre de murs qui ne l'étaient pas sous l'Ancien Régime, ce qui eût été source de complications et de conflits inutiles.

Nous venons de donner les règles concernant la partie du mur émergeant du sol. Que se passe-t-il pour la partie se trouvant sous terre? A propos des bâtiments, Guisan [9] propose la même solution dans les deux cas: « si de deux maisons voisines, une seule possède une cave, il est à présumer

[7] ROLV 61 p. 178: loi sur les routes du 23 mai 1864 art. 36: l'art. 441, 3 est repris pour les murs longeant les routes de 1re et de 2e classe. Idem ROLV 85 p. 931; loi du 26 nov. 1888: art. 32. De même, les lois sur les routes postérieures ont aussi repris ce critère: ROLV 120 p. 30 ss: loi du 25 janvier 1923, art. 51; ROLV 130 p. 169 ss: loi du 5 septembre 1933, art. 48; ROLV 161 p. 149 ss: loi du 25 mai 1964, art. 53, 2: « Pour les routes existantes, à défaut de convention ou de décision contraires, l'entretien des murs de soutènement est à la charge du propriétaire du terrain soutenu ».

[8] DEMOLOMBE p. 347 ss et p. 350.

[9] GUISAN p. 544.

que la portion de mur qui est au-dessous du sol solide a été construite par le propriétaire de la cave et à ses frais ». Ainsi la portion souterraine du mur, utile à un seul des propriétaires, n'est plus mitoyenne, au même titre que la partie du mur au-dessus de l'héberge. Tranchant un cas un peu différent, la jurisprudence a choisi la même solution: « Pour être mitoyen, un mur doit séparer des immeubles appartenant à des propriétaires différents. Lors donc qu'une personne est propriétaire d'une maison avec sa cave et, en outre, de la cave de la maison voisine dont la partie supérieure appartient à une autre personne, le mur séparant les deux caves n'est pas mitoyen »[10].

L'art. 441 alinéa 1 in fine limite encore les cas de mitoyenneté. S'il existe un titre ou une marque contraire à la présomption légale, le mur est non mitoyen. Cette réserve est valable même si les fonds sont de niveau et de nature identiques. L'art. 442 nous dit dans quels cas il y a marque de non-mitoyenneté:

II. Article 442 CCV

Art. 442 CCV

« Il y a marque de non-mitoyenneté, lorsqu'il y a, ou des ouvertures existantes, telles que portes et fenêtres, ou des signes de ces anciennes ouvertures, comme tablettes, cadres et corniches;

Lorsqu'il y a un égout;

Lors encore qu'il n'y a que d'un côté, ou un chaperon, ou des filets et corbeaux qui y auraient été mis en bâtissant le mur. »

Art. 654 CCF

« Il y a marque de non-mitoyenneté, lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement d'un côté, et présente de l'autre un plan incliné;

Lors encore qu'il n'y a que d'un côté ou un chaperon et des filets et corbeaux de pierre, qui y auraient été mis en bâtissant le mur.

Dans ces cas, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel sont l'égout ou les corbeaux et filets de pierre. »

L'élaboration de cet article fut laborieuse et les changements furent fréquents de 1807 à 1819, date du texte définitif. L'art. 442, 1 est nouveau. Nous verrons plus loin que l'alinéa 2 correspond à l'art. 654, 1 CCF, alors que l'art. 442, 3 reprend presque textuellement l'alinéa 2 de l'article fran-

[10] JT 1877 p. 479 ss.

çais. Quant à l'alinéa 3 de l'art. 654 CCF, il fut supprimé. Le rapport d'une commission du Grand Conseil nous donne la raison de cette disposition [11] : « L'on trouverait convenable de dire à cet article à qui le mur appartient. Une désignation plus spéciale que celle dont la loi parle pourrait entraîner de grandes difficultés, attendu que cette désignation ne pourrait pas comprendre toutes les marques de non-mitoyenneté. L'application naturelle de l'article est que le mur est présumé appartenir à celui en faveur de qui existent les indices de non-mitoyenneté ». Par conséquent, s'il se trouve des ouvertures ou des signes d'anciennes ouvertures, cela signifie que le mur a servi à un bâtiment et, par suite, il est censé appartenir à celui qui serait propriétaire du bâtiment s'il existait toujours.

L'art. 442 alinéa 2 est peu clair. Que faut-il entendre par égout? Selon Secrétan [12] et Guisan [13], d'accord sur ce point, il s'agit de la sommité d'un mur inclinée d'un seul côté. C'est au sens de l'art. 654, 1 CCF qu'il faudrait comprendre le terme égout. Le mur est alors censé appartenir au propriétaire du côté duquel se trouve l'égout, parce qu'il est obligé de recevoir sur son terrain les eaux tombant de son mur. Le chaperon, lui, est le sommet du mur formant un plan incliné ordinairement de chaque côté. S'il n'existe que d'un seul côté, il y a marque de non-mitoyenneté. Or, quelle différence y a-t-il entre l'égout et le chaperon d'un seul côté de l'alinéa 3? Secrétan [14] prétend qu'il n'y en a point. L'art. 442 contiendrait, selon lui, un pléonasme. La même difficulté devrait aussi exister en France entre l'alinéa 1 et l'expression « chaperon d'un côté » de l'alinéa 2 de l'art. 654. C'est du moins l'opinion de Toullier [15] et de Secrétan. D'autres auteurs expliquent qu'il y a pourtant une différence entre égout, au sens de l'alinéa 1, et chaperon d'un côté, car le chaperon est généralement formé avec d'autres matériaux que ceux qui composent le mur, il s'agit d'un véritable petit toit en tuiles ou en ardoises par exemple [16]. Les Vaudois ne semblent pas avoir fait la nuance et l'on peut dire, avec Secrétan, que l'article 442 alinéa 2 fait double emploi avec l'alinéa 3. Le Grand Conseil a fait de louables efforts pour améliorer le texte français, mais, sur ce point, il aurait fallu

[11] ACV K VII a 3, 19: rapport du 1er juin 1818.
[12] Secrétan p. 170 note 2 ad art. 442.
[13] Guisan p. 547-8.
[14] Secrétan p. 170 note 3 ad art. 442.
[15] Toullier p. 132.
[16] Marcadé p. 589; Demolombe p. 360.

se rendre compte, ainsi que le rappelait le Petit-Conseil [17], « qu'il y a peut-être quelque danger à vouloir mieux dire que le législateur français » !

Le filet est la partie du chaperon qui déborde le mur pour que les eaux en s'écoulant soient éloignées du corps du mur et ne l'endommagent pas. Là aussi nous pouvons critiquer l'énoncé de cet article. Il eût été plus correct de dire : « un chaperon, avec ou sans filet, incliné vers un seul côté », car le filet ne peut exister sans chaperon [18]. Enfin, les corbeaux sont des pierres ou des pièces de bois enchâssées dans un mur, destinées à soutenir des poutres. Le mur appartient à celui qui s'est ainsi réservé la possibilité de bâtir. En France, les corbeaux doivent être en pierre pour que l'article puisse s'appliquer. Dans le canton de Vaud, cela n'a pas d'importance.

L'art. 442 institue des présomptions de non-mitoyenneté qui viennent restreindre le champ d'application de la présomption de mitoyenneté de l'art. 441 alinéa 1. Comme nous pourrons le voir en étudiant les art. 453 et 457 CCV, le Code civil vaudois limite très fortement les cas de mitoyenneté que ce soit pour les murs ou pour toute autre clôture. Il s'écarte ainsi assez nettement du droit français, par respect des usages du pays et pour conserver une certaine stabilité quant au sort de ces clôtures.

Il était nécessaire d'instituer un système de présomptions tel que celui que nous venons de décrire, car les limites des propriétés n'étaient pas très précises. Il était donc important, pour éviter toute dispute entre voisins, de suppléer à cette imprécision en posant des règles attribuant la propriété des clôtures à l'un ou l'autre des propriétaires. Si le mur est mitoyen, la ligne séparative passe par le milieu du mur ; s'il n'est pas mitoyen, la limite est déterminée par le parement extérieur du mur opposé au fonds sur lequel il est construit (art. 4 CR). Ainsi, ce n'est pas la limite qui détermine si le mur est mitoyen ou non, c'est le mur qui fixe où se trouve la limite, en fonction de la mitoyenneté. En revanche, si l'on a procédé à une délimitation sur le terrain, l'indication donnée par les bornes l'emporte sur les présomptions légales et doit être considérée comme une marque contraire au sens de l'art. 441, 1 CCV. La situation a changé en 1912 avec l'introduction du Code civil suisse. Actuellement, les limites des immeubles sont déterminées par le plan et par la démarcation sur le terrain (art. 668 CCS). L'astucieuse combinaison de présomptions légales mises sur pied dans le

[17] ACV K VII a 3, 9 : rapport du 6 mai 1812.
[18] MARCADÉ p. 589.

canton de Vaud a donc disparu de nos jours pour laisser place à la très simple présomption de l'art. 670 CCS. Si les clôtures se trouvent à cheval sur la limite, elles sont présumées mitoyennes, si elles sont seulement érigées à la limite, elles appartiennent aux propriétaires des fonds sur lesquels elles se trouvent intégralement. Ce système n'est bien sûr applicable que si les limites des fonds sont clairement définies, soit par le plan du Registre Foncier, soit par le bornage [19], ce qui n'était pas le cas au siècle passé car, à l'époque, les plans cadastraux n'étaient pas suffisamment précis.

Paragraphe 2. L'acquisition de la mitoyenneté

On peut acquérir la mitoyenneté d'un mur en achetant la moitié du mur et la moitié du sol sur lequel il repose. Cette acquisition peut être volontaire ou forcée. Dans le premier cas, les parties décident librement de procéder au transfert, dans le second, le vendeur est obligé de céder la mitoyenneté en vertu de dispositions légales.

I. L'acquisition volontaire de la mitoyenneté

Nous nous limiterons à en donner quelques exemples tirés de la pratique notariale du siècle passé:

« Vente de mitoyenneté » du 23 mai 1862 instrumentée par le notaire Gabriel Bertsch à Yverdon [20]:

« Lesquels ont fait, entr'eux, la convention suivante au sujet du mur qui sépare leurs propriétés respectives au faubourg de Gleyres à Yverdon: le mur ayant été construit en entier sur le terrain appartenant à Pierre-David Gindroz mais à frais communs entre les comparants qui en ont payé chacun une partie, le prénommé Pierre-David Gindroz reconnaît ici que le mur dont il s'agit est mitoyen dans toute sa longueur et hauteur, c'est-à-dire dès la route jusqu'à la rivière, qu'en conséquence Henri-Louis Beausire devient copropriétaire de ce mur ainsi que de la moitié du sol sur lequel il repose, et cela moyennant la somme de 100 francs qu'il paie comptant dans ce moment à Pierre-David Gindroz qui lui en passe ici quittance ».

---

[19] Par ailleurs, les anciens art. 441 et 442 CCV ont certainement dû s'appliquer pour déterminer à qui il fallait attribuer la propriété des anciennes clôtures et permettre ainsi la fixation des limites actuelles.

[20] ACV notaire Gabriel Bertsch, Yverdon, registre 4 p. 111.

La vente peut aussi porter sur une partie du mur : « Convention » passée devant Eugène Dupuy, notaire à Lausanne, le 19 février 1822. Il s'agit en réalité, dans cet exemple, d'un échange et non d'une concession, ni d'une vente [21] :

« M. Dunand, propriétaire d'une maison nouvellement bâtie au Chemin-Neuf, ayant établi à ses frais une partie du mur du côté du midi, cède sans indemnité la mitoyenneté à M. Chambaud, qui, à son tour, cède la mitoyenneté du pied de ce mur au-dessous du premier étage, moyennant une indemnité de 158 francs qui a été payée comptant en notre présence par M. Dunand ensuite de taxe d'experts ».

On rencontre aussi des conventions dans lesquelles les parties se promettent de construire en commun un mur mitoyen. Il ne s'agit plus d'une cession de propriété, mais d'un mur qui est en copropriété dès sa construction : « Echange » du 8 octobre 1823 fait par le notaire Charles-Benjamin Fer, à Chéserex [22] :

« Clause 3 : Il sera établi un mur de séparation entre la portion de maison cédée au dit sieur Sahy et celle restante au dit Berlie, qui devra avoir 18 pouces de Roy d'épaisseur et qui sera construit de compte à demi entre les parties à première réquisition de l'une ou l'autre quelle qu'elle soit ».

II. L'acquisition forcée de la mitoyenneté

Dans ce cas-là, c'est la loi qui contraint le propriétaire à céder la moitié du mur construit à la limite, si le voisin en fait la demande. L'art. 448 et l'art. 449 ont la même teneur que les art. 660 et 661 CCF :

Art. 448 CCV : « Le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement, peut en acquérir la mitoyenneté en payant la moitié de la dépense qu'il a coûté, et la valeur de moitié du sol fourni pour l'excédent d'épaisseur, s'il y en a ».

Art. 449 CCV : « Tout propriétaire joignant un mur, a, de même, la faculté de le rendre mitoyen en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur, ou la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti ».

[21] ACV Dg 103 registre 2 p. 40.
[22] ACV Dm 42 registre 3 p. 320.

L'art. 448 est un cas particulier du principe énoncé à l'art. 449. Si tout propriétaire joignant un mur [23] peut en acquérir la mitoyenneté, à fortiori le copropriétaire d'une portion de mur pourrait-il exiger la copropriété de ce qui lui manque [24]. Il s'agit d'une nouveauté empruntée au droit français et, selon Secrétan [25], introduite dans un but d'utilité publique pour éviter des constructions superflues, des pertes de terrains et pour conserver une certaine régularité dans l'aspect des villes. Toutefois, on ne peut demander la mitoyenneté dans n'importe quelle circonstance. Il est par exemple contraire à la bonne foi de vouloir acquérir la mitoyenneté d'un mur pour éviter sa démolition, alors qu'antérieurement, le propriétaire du mur avait signifié à son voisin son intention de le détruire [26].

Une fois la mitoyenneté acquise, le nouveau copropriétaire peut-il faire démolir des ouvrages établis dans le mur antérieurement à la vente? En France, les avis divergent à ce sujet. Certains estiment que l'on ne peut porter atteinte aux droits existant avant le transfert [27]. La jurisprudence récente affirme le contraire en disant que l'acquisition de la mitoyenneté permet à l'acquéreur, devenu copropriétaire, de faire cesser tous les faits antérieurs de propriété exclusive accomplis par le vendeur [28]. Il pourrait demander notamment la suppression des ouvrages incompatibles avec l'exercice des droits de mitoyenneté, tels qu'une cheminée ou une gouttière construite sur le couronnement du mur et qui ferait obstacle à son exhaussement. Cependant, l'acquéreur de la mitoyenneté est obligé de respecter les servitudes acquises par le voisin sur son fonds, même si elles limitent son droit; l'acquisition de la copropriété ne peut leur porter atteinte. En

[23] Il faut que le mur soit construit exactement à la limite des deux propriétés: Marcadé p. 593; Pardessus p. 229-230; Demante p. 572.

[24] JT 1869 p. 484: arrêt du 26 juin 1869 du Tribunal du district d'Avenches. L'acte notarié n'est pas nécessaire. Il s'agit d'une servitude légale, le droit existe indépendamment de tout contrat: le propriétaire peut acquérir la mitoyenneté quand il le veut, on ne peut la lui refuser. Il ne s'agit plus que de fixer la valeur due pour cette cession; une fois cette valeur fixée et le paiement effectué, il n'est besoin d'aucune autre convention.

[25] Secrétan p. 172 note ad art. 449.

[26] Recueil des arrêts vaudois 1876, N° 1 p. 9, vendredi 28 janvier 1876, arrêt du 24 novembre 1875.

[27] Rogron, note ad art. 661.

[28] Dalloz, recueil hebdomadaire de jurisprudence 1936 p. 492.

effet, une servitude est une charge imposée sur un fonds pour l'usage et l'utilité d'un autre fonds et la cession d'une portion de mur ne peut en aucun cas l'affecter. En revanche, s'il s'agit de jours à bien plaire, le nouveau copropriétaire pourra les faire boucher, même s'ils existent depuis plus de trente ans; du reste, il le pourrait même sans acquérir la mitoyenneté. Telle est l'opinion défendue par la majorité des auteurs français [29]. La jurisprudence vaudoise n'a pas eu l'occasion de se prononcer, mais nul doute que c'est la thèse qui aurait aussi prévalu chez nous.

Les articles 448 et 449 CCV ont passé dans les articles 143 et 149 de la loi vaudoise d'introduction au Code civil suisse et sont toujours valables de nos jours.

Paragraphe 3. Les charges résultant de la mitoyenneté

Art. 443 CCV: « La réparation et la reconstruction du mur mitoyen sont à la charge de tous ceux qui y ont droit, et proportionnellement au droit de chacun ». Il n'y a pas grand'chose à dire sur cet article qui semble aller de soi. Signalons simplement qu'en cas de désaccord, il faudra recourir à une expertise pour décider si les réparations sont nécessaires [30]. Cet article est complété par la disposition suivante:

Art. 444 CCV: « Cependant, tout propriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations, en abandonnant le droit de mitoyenneté, pourvu que le mur mitoyen ne soutienne pas un bâtiment qui lui appartienne ».

Il existe une seule différence entre les Codes vaudois et français: à savoir que le mot « reconstruction » a été supprimé, en 1818, dans le texte vaudois. Les travaux préparatoires n'en donnent pas la raison. De plus, ni Bippert [31], ni Secrétan, ni Guisan n'ont relevé cette différence. Bien que les Coutumiers de l'Ancien Régime aient des dispositions assez

[29] Planiol-Ripert-Picard p. 310; Colin-Capitant p. 123; Demolombe p. 404-5; Marcadé p. 593; Demante p. 571-2.

[30] Secrétan p. 171 note 2 ad art. 444.

[31] Bippert et Bornand: « Code annoté » — 1892, p. 73-4: art. 444 CCV.

semblables sur la réparation des murs mitoyens, on n'y trouve pas la distinction entre réparation et reconstruction [32].

Interprétées littéralement, que signifient ces dispositions? Dans le cas d'une réparation, l'un ou l'autre des copropriétaires peut faire usage de son droit d'abandon, à moins que le mur ne soutienne un bâtiment lui appartenant. S'il s'agit d'une reconstruction intégrale du mur, les deux parties seront tenues d'y participer sans pouvoir se soustraire à cette obligation. Cette solution paraît bien compliquée et difficile à appliquer. En effet, comment distinguer une reconstruction d'une réparation? Ne faut-il pas quelquefois démolir pour pouvoir mieux réparer? De surcroît, n'est-il pas choquant de devoir concourir aux frais de construction d'un mur dont on n'a pas l'utilité et qui profite exclusivement à son voisin? A notre avis, c'est par oubli que le mot « reconstruction » n'a pas été inséré dans l'art. 444; par conséquent, le droit d'abandon existe dans tous les cas, sauf si le mur sépare deux bâtiments [33]. C'est la solution la plus simple et la plus raisonnable.

L'abandon peut-il être révoqué? Pour beaucoup d'auteurs français, il semble que cela soit possible [34]. Ainsi, Marcadé et Demante prétendent-ils que l'abandon est assorti de la condition tacite que le mur soit effectivement réparé. Cela ne semble pas être le cas en droit vaudois. Selon l'art. 1117 CCV, la vente d'un immeuble ne peut être faite sous aucune condition suspensive ou résolutoire, sous peine de nullité. Guisan [35] confirme en disant: « Nous croyons que l'abandon une fois fait n'est pas révocable et que le cessionnaire use de ce qui est devenu sa propriété... Dans cette position et lorsqu'il s'agit de commencer les travaux, il se peut très bien que je change d'idée et que je me décide, par exemple, à reconstruire une maison à une certaine distance de la propriété de mon voisin, ce qui me permettra d'ouvrir des vues de ce côté-là. Il n'y aurait dans cette manière d'agir rien que de très légitime ». Ainsi, dans l'hypothèse où le bénéficiaire changerait ses plans

[32] Loix et Statuts II, 12, 1, folio 285: le droit d'abandon n'est pas institué, mais le système choisi revient pratiquement au même: celui qui répare le mur a un droit de jouissance sur tout le mur, même sur la part qui ne lui appartient pas, jusqu'au remboursement des frais. Loix et Statuts de Payerne II, 7, 3, ainsi que Plaict Général de Lausanne loi 264: droit d'hypothèque sur la maison accordé au réparateur.

[33] Cf. art. 1034 CCV et note de Secrétan sur cet article p. 379: on ne fait pas non plus la différence entre réparations et reconstructions.

[34] Marcadé p. 591; Demolombe p. 439; Demante p. 565.

[35] Guisan p. 561.

et déciderait de ne pas toucher au mur, le voisin ne pourrait en recouvrer sa part, à moins de la racheter sur la base de l'art. 449 CCV.

Quelle forme doit prendre l'acte d'abandon? Selon les art. 808 et 996 CCV, tout contrat ayant pour objet la propriété d'un immeuble ou un droit sur un immeuble doit être passé devant notaire. Il en résulte que l'abandon de la mitoyenneté est un transfert de propriété qui devrait être fait en la forme authentique [36]. Néanmoins, dans la pratique, de tels actes sont rarissimes. Cela veut-il dire que l'art. 444 CCV est resté lettre morte, ou que l'abandon prit d'autres formes, acte sous seing privé par exemple, en dépit des dispositions légales? Devant la pauvreté des sources et le silence des tribunaux, nous renonçons à nous prononcer.

L'art. 32 du Code rural consacre la solution de l'art. 444 et la rend applicable aux copropriétaires de toute clôture mitoyenne autre que le mur à deux exceptions près: la réparation des clôtures entre deux alpages ou deux estivages et l'entretien des fossés servant de limite entre deux propriétés, destinés à l'écoulement des eaux ou au dessèchement des terres voisines. Dans ces deux cas, les propriétaires ne peuvent se libérer de leur obligation d'entretien en abandonnant leur part de mitoyenneté.

Les règles sur les murs mitoyens n'ont pas varié depuis un siècle et demi; les art. 150 et 151 LVCC sont de fidèles copies des art. 443 et 444 CCV. En revanche, l'art. 32 CR n'a pas subsisté. Signalons pour finir, l'art. 1579 CCV qui donne un privilège spécial [37], sorte d'hypothèque légale [38], au copropriétaire contribuant aux réparations d'un mur mitoyen à raison des frais qu'il a dû faire pour la reconstruction ou la réparation de ce mur [39].

[36] Toutefois, rien n'interdit de penser que la jurisprudence aurait toléré une autre forme que la forme authentique. En effet, le tribunal du district d'Avenches (JT 1869 p. 484 — cf. *supra* p. 65 note 24) n'a pas exigé la forme notariée dans les cas du droit de passage nécessaire (art. 472 CCV) et de l'acquisition forcée de la mitoyenneté (art. 449 CCV) pour le motif qu'il s'agissait de servitudes légales. Le droit existait *ex lege* et il n'était, dès lors, pas nécessaire de recourir à un notaire pour le faire constater. On pourrait très bien appliquer ce raisonnement au droit d'abandon de l'art. 444 CCV.

[37] Aux termes de l'art. 1571 CCV, « le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires ».

[38] Cf. art. 712 i CCS, hypothèque légale dans le cadre de la propriété par étages.

[39] Cf. art. 1034 CCV alinéa 1: « Lorsqu'un mur mitoyen menace ruine et que l'un des propriétaires ne veut ou ne peut pas le réparer, quoique l'autre ait fait constater la nécessité de l'ouvrage, celui-ci deviendra créancier de l'autre pour la moitié du prix ».

Paragraphe 4. Les effets de la mitoyenneté

Les droits des copropriétaires consistent principalement à bâtir contre le mur mitoyen (art. 445 CCV), y appliquer ou y appuyer des ouvrages (art. 450 CCV), l'exhausser (art. 446-7), placer des poutres ou faire d'autres enfoncements (art. 445 et 450).

I. Article 445 CCV

Art. 445 CCV

« Tout copropriétaire peut faire bâtir contre un mur mitoyen, et y faire placer des poutres ou solives jusqu'à la moitié de son épaisseur ».

Art. 657 CCF

« Tout copropriétaire peut faire bâtir contre un mur mitoyen, et y faire placer des poutres ou solives dans toute l'épaisseur du mur, à 54 mm (deux pouces) près, sans préjudice du droit qu'a le voisin de faire réduire à l'ébauchoir la poutre jusqu'à la moitié du mur dans le cas où il voudrait lui-même asseoir des poutres dans le même lieu, ou y adosser une cheminée ».

L'art. 657 CCF fut modifié et simplifié. Le Code civil vaudois permet de placer poutres ou solives jusqu'à la moitié du mur seulement et non pas sur toute l'épaisseur (moins 54 mm) comme c'est le cas en France. Pourquoi cette différence? Pour des raisons essentiellement pratiques. Référons-nous à ce propos à deux observations faites en 1808 et 1809 au premier projet de Code civil: « L'art. 549 (445 CCV) va trop loin; cette permission devrait être accordée que jusqu'à moitié mur, sans quoi on risquerait de le faire écrouler, surtout si les poutres sont un peu rapprochées, car il serait impossible de les regarnir de manière à redonner de la solidité au mur... Je suppose deux propriétaires de bâtiments se joignant, dont les appartements fussent au même niveau; l'un aura lancé ses poutres au travers du mur, à deux pouces près, sans opposition de l'autre; celui-ci dans l'obligation de rétablir sa poutraison et dans la convenance de les placer vis-à-vis de ceux de son voisin, n'aurait plus que deux pouces pour les asseoir, ce qui serait insuffisant » [40]. L'avocat Hangard, lui, invoque les usages vaudois

[40] ACV K VII a 3, 40: observations de Martin, greffier à Yverdon, en 1808.

en matière de construction [41] : « Le placement des poutres tient à la manière de bâtir, notre article est tiré de la « Coutume de Paris ». Il suppose des murs construits en briques ou en pierres taillées, comme il est d'usage d'en faire à Paris et dans tout le Nord de la France. Ici, les murs sont en moellons, ils sont beaucoup plus épais. La manière de placer les poutres doit être différente ». Cette remarque contient une erreur : selon Hangard, la Coutume de Paris est à l'origine de l'art. 657 CCF [42], ce qui est faux, car, contrairement au Code Napoléon, l'art. 208 de cette coutume [43], abolie en 1804, permettait au voisin de loger les poutres de sa maison jusqu'à l'épaisseur de la moitié du mur seulement. Hangard ne semble pas avoir vu que l'on avait adopté dans le Nord de la France une règle qui se révéla être judicieuse également chez nous. Néanmoins, sa tentative d'explication, basée sur les différences dans les façons de construire, est intéressante, sinon convaincante. D'ailleurs, Demolombe [44] nous apprend que les coutumes françaises divergeaient sur cette question et que l'article précité de la Coutume de Paris n'avait pas été observé scrupuleusement à la fin de l'Ancien Régime pour le motif qu'à cette époque on ne bâtissait plus aussi solidement qu'auparavant et que les poutres n'auraient pas eu assez de portée si elles avaient été placées jusqu'au point milieu seulement. Cet auteur conclut en disant que c'est une des raisons qui ont déterminé le législateur français à rédiger l'art. 657 dans la forme qu'il a encore de nos jours. Ces renseignements nous font penser que c'est effectivement la différence dans la manière de bâtir les maisons qui a poussé les Vaudois, influencés par Hangard, à s'écarter du modèle français.

Cette nouvelle disposition a subsisté dans l'art. 144 LVCC.

II. Articles 446 et 447 CCV

Art. 446 CCV : « Tout copropriétaire peut faire exhausser le mur mitoyen ; mais il doit payer seul la dépense de l'exhaussement et les réparations d'entretien au-dessus de la hauteur de la clôture commune ».

[41] ACV K VII a 3, 40 : lettre de l'avocat Hangard d'Yverdon du 20 mars 1809.

[42] Au moment où Hangard écrit, le projet contenait toujours l'article français.

[43] Bourdot de Richebourg Charles : « Nouveau Coutumier Général » — Paris 1724, vol. 3 p. 45 art. 208 de la Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris de 1580 ; cf. vol. 3 p. 7, art. 90 de la Coutume de Paris de 1510 : identique.

[44] Demolombe p. 446-447.

Ce texte fut proposé par Henri Carrard en 1807 [45] et conservé depuis lors. Il retrancha de l'art. 658 CCF le dernier membre de phrase: « et en outre l'indemnité de la charge en raison de l'exhaussement et suivant la valeur ». Le Code Napoléon est plus exigeant à l'égard de celui qui veut exhausser le mur mitoyen que le Code vaudois. On pense en France que l'exhaussement rendra les réparations plus fréquentes et que pour cette raison une indemnité doit être versée au copropriétaire [46]. Dans le même sens, une commission du Petit-Conseil proposait en 1816 d'ajouter à l'art. 446 les mots: « Pourvu toutefois qu'il ne porte pas un trop grand préjudice à la propriété du voisin » [47]. Cette suggestion n'eut pas le succès escompté. En fait, il n'est pas du tout certain que le mur haussé soit moins solide qu'avant l'exhaussement. Le législateur vaudois aurait fait cette suppression en arguant que le mur est souvent meilleur après avoir été exhaussé suite aux réparations indispensables dont il a été l'objet [48]. D'autre part, les copropriétaires sont protégés par l'art. 450 CCV exigeant que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits du voisin. De plus, comme le dit l'art. 1038 CCV, chacun est responsable du dommage qu'il a causé et doit le réparer (art. 1037 CCV). Par conséquent, même si le mur subit une dégradation quelconque suite à un exhaussement, le copropriétaire aurait les moyens de se défendre. Enfin, l'art. 447 CCV apporte une sécurité supplémentaire: « Si le mur mitoyen n'est pas en état de supporter l'exhaussement, celui qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier à ses frais, et l'excédent d'épaisseur doit se prendre de son côté » (= 659 CCF) [49].

Rappelons avant de passer plus loin que les art. 147 et 148 LVCC ont la même teneur que les art. 446 et 447 CCV.

[45] ACV K VII a 3, 30: projet manuscrit de Code civil avec exemplaire du CCF interfolié.

[46] Pardessus p. 262.

[47] ACV K VII a 3, 17 p. 39: date incertaine: 1816 ou 1817?

[48] Guisan p. 556.

[49] Guisan p. 555-6: les mêmes règles sont applicables à celui qui veut creuser une cave et qui est ainsi obligé de consolider et de prolonger le mur mitoyen.

III. Article 450

Les trois dispositions que nous venons de voir sont complétées par l'art. 450 CCV : « L'un des voisins ne peut pratiquer dans le corps d'un mur mitoyen aucun enfoncement, ni y appliquer ou appuyer aucun ouvrage sans le consentement de l'autre, ou sans avoir, à son refus, fait régler par experts les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre » (= art. 662 CCF).

Les Loix et Statuts du Pays de Vaud contenaient une règle très proche [50]. Il en est de même des autres Coutumiers en vigueur avant le Code civil vaudois [51]. Ainsi, le texte français respecte tout à fait nos usages. L'art. 450 a une portée assez large, qui dépasse celle de l'art. 445. Placer une poutre ou des solives dans un mur mitoyen est un cas d'enfoncement parmi d'autres. Bâtir contre le mur est compris dans les mots « appliquer, appuyer un ouvrage ». Sans doute, s'applique-t-il aussi à l'exhaussement, car il s'agit d'une entreprise tout aussi importante que l'enfoncement d'une poutre par exemple [52]. En effet, on peut très bien considérer que la partie exhaussée d'un mur « appuie » sur la partie restée mitoyenne au sens de l'art. 450 [53].

Les tribunaux vaudois ont été assez sévères dans l'application de cet article : « Dès qu'un des copropriétaires touche d'une façon quelconque au mur mitoyen sans s'être conformé à cette disposition, l'autre est fondé à exiger la suppression des travaux. Il importe peu qu'une expertise postérieure ait établi qu'ils ne nuisent pas au mur mitoyen » [54]. Dans un autre arrêt, le Tribunal Cantonal a tranché la question de savoir si l'on pouvait prescrire un enfoncement : « La prohibition édictée par l'art. 450 CCV n'exclut nullement l'idée de la possession et ne constitue pas une disposition d'ordre public. Dès lors, des enfoncements pratiqués dans un mur mitoyen peuvent être acquis par la prescription » [55]. Guisan s'oppose à

[50] Loix et Statuts II, 12, 3 folio 289.

[51] Plaict Général de Lausanne loi 267 ; Coutumier de Grandson loi 199 ; Loix et Statuts de Payerne II, 7, 4 et 5, Code d'Aigle III, 3, 18 et 19. En revanche, ces coutumiers ne contenaient pas la règle précise de l'art. 445 CCV.

[52] Cf. Code d'Aigle III, 3, 19 et Loix et Statuts de Payerne II, 7, 4.

[53] Solution adoptée en France. DEMANTE p. 573 ; MARCADÉ p. 594.

[54] JT 1891 p. 422.

[55] JT 1883 p. 539.

une telle façon de voir [56]. Selon lui, de pareils ouvrages ne pourraient jamais être prescrits, car ils auraient été faits à l'insu du voisin [57]. A notre avis, la thèse soutenue par Guisan est trop absolue. C'est seulement dans l'hypothèse où le voisin n'aurait pas ou ne pourrait avoir le moindre soupçon de l'ouvrage fait par le copropriétaire, que le droit de le conserver ne saurait être acquis par prescription. Si au contraire l'enfoncement est connu du voisin, passé le délai de trente ans, le copropriétaire ne pourra plus s'y opposer.

L'art. 450 est toujours applicable, on le retrouve à l'art. 145 LVCC.

IV. Article 452 CCV

« Lorsqu'on reconstruit un mur mitoyen ou une maison, les servitudes actives et passives se continuent à l'égard du nouveau mur ou de la nouvelle maison, sans toutefois qu'elles puissent être aggravées, et pourvu que la reconstruction se fasse avant que la prescription soit acquise » (= art. 665 CCF).

Cette règle n'est qu'un cas particulier du principe général se trouvant à l'art. 494 CCV. Lorsqu'une servitude a cessé, par suite de changements dans l'état des fonds, elle peut revivre si les choses sont remises dans l'état primitif avant trente ans. Marcadé [58] ne voit pas pourquoi on s'est donné la peine de créer cet article, car il est inutile. C'est aussi notre avis, le législateur vaudois ne semble pas avoir été plus attentif que les rédacteurs du Code français.

V. Article 663 CCF

La commission des jurisconsultes [59] a supprimé d'emblée et sans motif l'art. 663 CCF qui instituait des règles spéciales sur les clôtures dans les faubourgs et les villes. Il faisait une double distinction, d'un côté entre les

[56] Guisan p. 558.

[57] Au contraire, dans l'arrêt précité (note 55), la servitude était apparente: la possession fut continue, non interrompue, paisible, publique, non équivoque et exercée par tous les propriétaires (cf. art. 1638 CCV).

[58] Marcadé p. 597.

[59] ACV K VII a 3, 30 note ad art. 663 CCF et K VII a 3, 31 p. 197-8.

villes et les campagnes, de l'autre entre les agglomérations de plus de cinquante mille habitants et les autres villes. Il est clair qu'une disposition semblable n'aurait guère eu de sens chez nous. Le canton était trop peu étendu pour adopter des règles aussi compliquées et les villes vaudoises ressemblaient plus à de gros villages qu'aux villes visées par l'article français [60]. Un tel article ne correspondait d'ailleurs pas du tout aux coutumes en usage chez nous.

VI. Dispositions complémentaires sur les murs

Le Code rural de 1848 et la loi sur la police des constructions du 22 mai 1875 [61] contiennent de nombreuses dispositions sur les murs. Celui qui veut construire un mur de clôture doit en avertir son voisin au moins six jours avant le début des travaux (art. 34 CR) [62] et il ne pourra l'élever à plus de six pieds de hauteur (180 cm) [63] sans son consentement, que le mur soit mitoyen ou non (art. 35 CR). Le propriétaire qui veut donner à son mur une hauteur plus grande doit l'éloigner de la limite d'une distance égale à la moitié de la hauteur qui dépasse six pieds. Toutefois, l'art. 35, alinéa 4 CR exclut de cette disposition les murs servant de clôture aux cours attenantes à des maisons d'habitation ou à leurs dépendances [64]. L'art. 37 CR contient lui aussi une règle importante, reprise par le Code rural de 1911 à son art. 15 : « Lorsqu'un mur non mitoyen est dans un état de dégradation tel qu'il menace ruine ou qu'il occasionne un dommage réel au propriétaire contigu, celui-ci peut sommer le propriétaire du mur à le réparer » [65].

[60] Chevallaz Georges-André dans « Cent cinquante ans d'histoire vaudoise », Bibliothèque historique vaudoise, tome XIV, chap. 5 p. 100 : Lausanne en 1803 comptait moins de 10 000 habitants (12 % de la population cantonale) et Montreux, Lausanne, Vevey et Yverdon en 1860 totalisaient 35 000 habitants (16 %).

[61] ROLV 72 p. 310 ss.

[62] Cf. Code rural de 1911 art. 13 : 15 jours.

[63] Cf. Code rural de 1911 art. 14 : deux mètres.

[64] Bulletin des séances du Grand Conseil de 1848, session ordinaire d'automne p. 26, séance du 21 novembre 1848 : « On entend par dépendance, les bâtiments et places servant à la maison d'habitation, le jardin n'est pas envisagé comme dépendance. Les cours de ces dépendances sont aussi au bénéfice de cette disposition » (en 1911, le jardin sera considéré comme une dépendance.)

[65] Cf. Loix et Statuts de Payerne II, 7, 1.

Enfin, la loi sur la police des constructions contient des prescriptions très minutieuses sur la manière de bâtir des murs, avant tout dans le but de prévenir des incendies (art. 23 ss). Concernant les murs mitoyens, citons les art. 27 et 28:

« Tout enfoncement pour cheminées, canaux, armoires, niches et autres destinations quelconques ne pourront être pratiqués dans un mur mitoyen que sous la condition expresse de laisser à la partie restante du mur une épaisseur d'un pied (0,30 m) au moins. Le constructeur d'un mur à la limite de sa propriété, pouvant devenir par la suite un mur mitoyen, pourra y pratiquer les enfoncements mentionnés ci-dessus sous la même condition expresse de laisser à la partie restante du mur une épaisseur d'un pied au moins ».

« Le propriétaire qui exhausse le mitoyen est tenu d'élever à ses frais les canaux de cheminées du voisin qui sont établis contre le mitoyen, ou qui se trouvent au-dessous de son avant-toit, jusqu'à trois pieds (0,90 m) au-dessus de son propre toit. Le voisin sera tenu d'acquérir la mitoyenneté de la portion du mur surélevé occupée par ses canaux de cheminées; mais il ne pourra être astreint à payer une épaisseur de maçonnerie de plus d'un pied ».

Contrairement aux règles contenues dans le Code civil et le Code rural [66], les règles sur la police des constructions sont impératives. Fixées pour sauvegarder la sécurité et la salubrité publiques, on ne peut y déroger conventionnellement. D'autre part, en cas de conflit, ces dispositions l'emportent sur les articles du Code civil ou du Code rural qui leur seraient contraires. Si par exemple, le mur mitoyen a une épaisseur de 40 cm, chaque copropriétaire pourra, selon l'art. 445 CCV y enfoncer des poutres jusqu'à la moitié, soit 20 cm, alors que, dès 1875, il faudra respecter l'art. 27 de la loi sur les constructions et laisser à la partie restante du mur une épaisseur de 30 cm. Ainsi l'enfoncement ne pourra excéder 10 cm de profondeur. En revanche, si le mur a 70 cm d'épaisseur, on ne pourra placer des poutres plus loin que le milieu du mur soit 35 cm, même si la loi de 1875 permettait de les enfoncer jusqu'à 40 cm. En effet, il n'y a aucun empêchement à appliquer l'art. 445 CCV dans le cas particulier puisque le mur est encore mieux protégé contre les incendies par cette disposition que par l'art. 27 de la loi sur les constructions.

Signalons pour conclure une institution un peu particulière: la servitude du tour d'échelle ou échellage. Ce droit permet au propriétaire de venir

[66] JT 1883 p. 542; JT 1891 p. 427.

sur le fonds du voisin pour réparer son mur et, en particulier, d'y placer des échelles pour procéder à ces réparations. En France, le tour d'échelle, connu dans plusieurs coutumes, fut supprimé par le Code Napoléon. Ainsi, dès 1803, ce droit n'existe plus sous la forme de servitude légale, mais il peut toujours être établi par convention [67]. Il en alla tout autrement chez nous. Secrétan [68] nous dit que « l'usage, conformément à l'équité ne permettait pas au voisin de refuser l'entrée de son fonds pour des réparations nécessaires, pourvu qu'elles se fassent en saison convenable et en réparant tout dommage ». Le Code rural vint entériner cette coutume à l'art. 36 CR ainsi libellé : « le propriétaire peut, pour réparer son mur, passer sur le fonds de son voisin, et même y dresser des échafaudages. Il ne peut pas user de cette faculté s'il est possible de faire les réparations sans cela. Une indemnité est payée au propriétaire du fonds voisin pour le dommage causé ». Le même droit existe pour l'émondage et l'élagage des haies vives (art. 40 CR). Ces règles ont subsisté jusqu'à aujourd'hui (art. 166 LVCC et 695 CCS).

[67] Rogron note ad art. 685 ; Marcadé p. 620 : On nomme aussi tour d'échelle, le terrain sur lequel s'exerce le droit. Selon lui, cette servitude fut abolie dans les campagnes, mais on doit encore l'admettre dans les faubourgs (à cause de l'art. 663 CCF). Pardessus p. 359 : tour d'échelle = 3 pieds (environ 1 mètre).

[68] Secrétan p. 172 et 173 note ad art. 452.

Chapitre III

DU CAS OU LES ÉTAGES D'UNE MAISON APPARTIENNENT A DIFFÉRENTS PROPRIÉTAIRES

Cette matière est traitée par une seule et unique disposition reprise sans modification de l'art. 664 CCF:

« Lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode de réparations et de reconstructions, elles doivent être faites ainsi qu'il suit:

Les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient.

Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche.

Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit; le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui; et ainsi de suite » (art. 451 CCV).

On connaissait déjà sous l'Ancien Régime la propriété par étages, mais dans la mesure du possible, on essayait de partager les maisons de haut en bas et non horizontalement [1]. Citons à ce propos la disposition des Loix et Statuts sur ce sujet [2]: « Quand il sera question de partager quelques maisons et bâtiments, consistant dans des villes, lesdites maisons ou autres bâtiments, ne devront être divisés confusément, en sorte qu'il puisse ensuivre quelques difficultés et procès entre les partisans et leurs successeurs, et singulièrement touchant l'entretien des toits et couvertures d'icelles maisons; mais seront divisés de l'haut en bas, par le moyen des murailles et parois faites ou à faire, sans que l'un des partisans ait le dessus et l'autre

[1] Loix et Statuts de Payerne IV, 5, 9.
[2] Loix et Statuts II, 29, 9 folio 347.

le dessous ». Olivier [3] ajoutait la remarque suivante: « Cependant si on l'exécutait à la lettre, il arriverait très souvent qu'on tomberait dans une plus grande confusion, qu'on s'exposerait à plus de difficultés en partageant les maisons du haut en bas qu'en donnant à l'un le dessus et à l'autre le dessous; il y a des maisons qui sont disposées d'une manière qu'on ne pourrait pas les partager du haut en bas sans renverser et changer tout à fait les chambres et logements, il y en a même où cela est comme impossible. Or, dans ce cas, il est visible que ce serait aller contre l'Esprit de la loy de l'exécuter à la lettre, il faut donc pour s'accommoder à son motif et à son but prendre garde à la situation et structure des maisons et les partager de la manière qu'on jugera devoir causer moins de confusion et de difficultés soit pour le logement soit pour la couverture des toits et n'agir pas par contrariété ou par caprice ». Bien que l'on fut réticent à la propriété par étages, ce genre de copropriété existait dans nos régions et subsista dans la nouvelle législation.

Les rédacteurs du Code civil choisirent de conserver l'énoncé de l'article français, l'estimant plus clair que les anciens coutumiers vaudois. Pourtant, cette disposition a des lacunes. Elle manque de précision et demande à être complétée [4]. Lors de l'élaboration du Code civil, des critiques furent émises désapprouvant son énoncé, relevant son insuffisance, mais sans succès: « Cette manière de partager les maisons donnera lieu à des difficultés. Qu'entend-on par « gros mur » [5]? Quand est-ce que la réparation ou la reconstruction d'un plancher pourra être exigée? Le galetas sera-t-il commun et le plancher à la charge de tous les copropriétaires? La manière vague dont ces objets sont énoncés laissent trop de moyens à la chicane » [6]. « Cette règle me paraît choquer la justice, écrivait Henri Monod [7], car les propriétaires des étages supérieurs se servent et usent des escaliers du premier comme le propriétaire du premier. Il est vraiment

[3] Olivier p. 296-297.

[4] Bernel p. 98 note 8: les rédacteurs du CCF avaient tout d'abord omis de réglementer la propriété par étages, ils lui consacrèrent un article sur les réclamations des tribunaux de Grenoble et de Lyon. Cf. aussi Sattiva p. 21 et Flattet (JT 1949 p. 613).

[5] Les gros murs dont l'entretien doit être fait en commun sont les murs extérieurs et ceux qui forment l'armature du bâtiment.

[6] ACV K VII a 3, 40: lettre de Chappuis aîné, juge de paix à St-Saphorin, du 21 décembre 1808 adressée à Testuz, membre du Petit-Conseil.

[7] ACV K VII a 3, 40: lettre de Henri Monod du 3 mars 1809 au président du Petit-Conseil.

indivis. D'ailleurs l'escalier du premier, qui en supporte d'autres, est infiniment plus coûteux, exigeant des fondements et beaucoup plus de solidité. La loi doit donc décider que l'escalier du premier se fera indivisément par tous les propriétaires, chacun d'après l'appartement qu'il possède dans la maison. Celui du deuxième par tous les propriétaires du deuxième et des étages supérieurs, mais non par celui du premier... etc. ». Cette proposition fut certainement jugée trop compliquée et trop difficile à appliquer, car elle ne fut pas retenue.

Il est regrettable que l'on n'ait pas promulgué de loi spéciale sur cette matière pouvant compléter le Code. Toutefois, un rapport présenté le 1er juin 1818 [8] au Grand Conseil par une commission nous fournit de précieux renseignements quant à la manière d'appliquer cet article: « Un membre voudrait ajouter à l'art. 491 (451 CCV) que l'escalier du galetas et le plancher sur lequel on marche sont à la charge des propriétaires. Si le galetas est en commun par portions égales, il va sans dire que chaque propriétaire doit sa part à l'entretien et réparation du galetas et de l'escalier qui y conduit; cette conséquence résulte de l'article; mais si le galetas est à un seul des propriétaires, ou partagé par portions inégales, l'adjonction ne va plus, et il vaut mieux ne pas l'énoncer. Un autre membre voudrait qu'il fût dit que l'escalier d'un étage appartenant à plusieurs particuliers doit être fait à frais communs. La chose va sans dire, elle est d'ailleurs le résultat nécessaire du quatrième alinéa de l'article. Quid du plancher qui touche immédiatement au galetas? Cette question dépend de celle qui consiste à savoir qui sont les propriétaires du galetas; ce sont naturellement ceux-là qui demeurent chargés des planchers dont il s'agit ».

Cette disposition fut pourtant complétée par les art. 1035 et 1036 CCV statuant que dans le cas où le propriétaire d'une partie distincte d'une maison refuse ou néglige de faire les réparations nécessaires pour empêcher la ruine d'une autre partie, celui ou ceux qui auront réparé, auront contre le propriétaire négligent une créance proportionnelle à la part des travaux qu'il aurait dû accomplir. D'autre part, les propriétaires peuvent suppléer à la loi et le CCV laisse toute latitude pour prévoir d'autres arrangements sur l'entretien des bâtiments et la répartition des frais. Les actes de la pratique ne sont pas très fréquents et généralement peu explicites. On trouve des exemples de partage de maisons surtout dans les liquidations de successions. Elles sont divisées, le plus souvent de haut en bas, chaque

[8] ACV K VII a 3, 19.

copartageant devenant propriétaire d'une partie du bâtiment. Certains endroits tels que corridors, escaliers, granges, restent en indivision et leur entretien se fait à frais communs, ainsi que nous pouvons le constater dans un acte de partage du 21 mai 1847 passé à Lausanne devant le notaire Louis Boucherles [9]:

« L'allée et escalier qui se trouvent au milieu de la maison et séparant les deux portions d'icelle demeureront indivises entre les copartageants sans pouvoir y être fait de changement sans le consentement des deux parties et seront entretenus à frais communs. Les escaliers conduisant au galetas ayant deux pieds et demi de largeur ne pourront être aussi changés sans le consentement des deux copartageants ou de leurs successeurs puisqu'ils doivent les portions de toiture couvrant leurs logements. L'aire de la grange demeurera continuellement indivise sans pouvoir être fermée que du consentement des deux copartageants avec tous droits d'entrée et de passage réciproque, en conséquence les réparations à cette portion indivise seront à communs frais ».

Moins nombreux sont les cas où le partage se fait horizontalement, chaque partie obtenant un étage. Quelquefois, la division est plus complexe encore, l'un reçoit par exemple un logement au rez-de-chaussée et une chambre à l'étage, l'autre tout l'étage sauf une chambre, les caves et les greniers se partageant aussi, mais verticalement [10]. L'entretien des bâtiments est souvent passé sous silence, l'art. 451 CCV s'appliquant alors à titre de droit supplétif. Ce sont les réparations de la toiture qui ont requis le plus d'attention, la tendance générale étant d'attribuer à chacun une portion de toit particulière à entretenir. On trouve aussi des exemples où les réparations doivent se faire à parts égales entre les propriétaires, mais non en proportion de la valeur de l'étage qui leur appartient, comme il est stipulé à l'alinéa 2. Dans bien des cas, les escaliers restent en indivision. L'entretien se fait alors à frais communs et non étage par étage. Voici un exemple de partage illustrant ce que nous venons de dire [11]:

« Parties se sont entendues entr'elles amiablement et ont partagé la maison susmentionnée de la manière suivante: Il est advenu à Jean-Louis Duport: le premier étage de la maison consistant en deux chambres et une cuisine; la demi du galetas du côté du nord séparée par le faite du toit; la moitié de la cave du côté du nord, cette

---

[9] ACV notaire Louis Boucherles, Lausanne, registre 27 p. 150.

[10] ACV notaire Auguste Magnenat, Orbe, registre 5 p. 77. Partage du 16 août 1852.

[11] ACV notaire Jean-François Borgeaud, Pully, district de Lausanne, registre 7 p. 28: Partage du 14 mars 1846.

cave ayant 27 pieds de long, chaque moitié aura 13 pieds et demi de long, plus l'écurie qui est au fond et au nord de la grange indivise sus-mentionnée, cette écurie dont le dessus est un fenil, appartenant aux frères Jean-Pierre et Jean-David Duport, n'est point portée au cadastre.

Il est advenu à François-Henri-Nicolas Duport le second étage de cette maison consistant en deux chambres et une cuisine, la demi du galetas du côté du midi, séparée par le faîte du toit, la moitié de la cave du côté du midi, plus le « buaton », soit écurie à porcs qui existe au midi de la place d'aisance.

Le partage est consenti sous les conditions suivantes:

1) Comme la demi au midi de la cave doit supporter un passage pour celle qui est au nord et que ce passage sera clos en plateaux ou carrons d'hauteur, les frais qui en résulteront, ainsi que ceux de la séparation de la cave, seront supportés en commun, ce passage devra avoir deux pieds et demi de vide.

2) Les deux moitiés du galetas seront séparées en plateaux ou en planches aussi à frais commun, chacun entretiendra sa toiture sur sa portion de galetas.

3) Les escaliers du premier et du second étage ainsi que ceux du galetas étant à l'usage des deux parties, seront entretenus à frais communs ».

On rencontre aussi des ventes de portions de maison. « Acquis » fait par Louis Boucherles le 23 juillet 1851 [12]:

« Lesquels comparants composant l'hoirie de défunt François Bussy de Crissier passent vente à Samuel fils de Jean-François Chapuisat d'Aclens, menuisier, domicilié à Crissier, ici présent et acceptant: savoir les immeubles ci-après désignés situés à Crissier, portés au cadastre comme suit: de l'article 21, plan-folio N° 1 à Crissier, la moitié d'une maison de 20 toises 56 pieds en totalité. Cette moitié se composant du premier étage ayant trois chambres, une cuisine et un corridor, plus une chambre au rez-de-chaussée donnant sur le chemin public, une cave sur le derrière à occident, un caveau sous l'escalier du premier étage, la moitié du galetas du côté du nord, cette moitié comprenant jusqu'au parement du mur méridional de la grande cheminée, la moitié de la grange, de l'écurie, des soliveaux et des « liaux » du côté du nord, dès le faîte du toit; le surplus de dite maison demeurant la propriété de Marc-Frédéric Bussy, l'un des vendeurs. Il est entendu que les montées dès le sol au galetas ainsi que l'allée du rez-de-chaussée demeurent communes pour les deux parties de maison. L'acquéreur Chapuisat devra passage au dit Marc-Frédéric Bussy par sa cave pour aller à la cave de celui-ci. De son côté, M.-F. Bussy devra passage à Chapuisat par sa cuisine du second étage pour aller à son galetas, mais il sera libre, le dit Bussy, de faire un corridor dans sa cuisine pour aller au galetas; ce corridor ne devra pas être moins large de trois pieds. D'ailleurs Bussy, copropriétaire, devra passage à Chapuisat sur ses portions de grange et d'écurie pour aller aux portions vendues au dit Chapuisat. Au surplus, l'aire

[12] ACV notaire Louis Boucherles, Lausanne, registre 28 p. 223.

entière de la grange devra demeurer vide et libre pour la commodité des deux parties. Quant aux montées de la maison, ainsi que la porte d'entrée, elles se répareront à frais communs entre Chapuisat et Bussy et pour ce qui regarde les toitures sur les logements, grange et écurie, Frédéric Bussy sera tenu de l'entretien de celles du midi et Chapuisat de celles du nord, à prendre depuis le faîte du toit... ».

Il est quasiment impossible de déterminer le nombre de ces partages de bâtiments au siècle passé. Cependant il devait en exister un peu partout dans le canton. En revanche, les cas de propriétés par étages étaient peu courants en France. On en trouvait des exemples dans quelques villes telles que Rennes et Grenoble. Dans ces localités, les usages locaux palliaient l'insuffisance de l'art. 664 CCF ; ailleurs, il y avait peu de problèmes, car une telle indivision était rare [13]. La situation se modifia à la fin de la première guerre mondiale, car celle-ci engendra une crise de logements assez aiguë, on recourut tout naturellement à la formation de copropriétés de maisons divisées par appartements et cette sorte de copropriété prit une extension considérable. L'art. 664 CCF était manifestement insuffisant et les réformes nécessaires furent réalisées [14].

L'évolution dans notre pays ne fut pas la même. La propriété par étages existait dans presque tous les cantons suisses [15]. Dans certaines régions comme le Valais, cette institution était particulièrement importante. Dans le canton de Vaud, on l'a vu, elle était assez répandue. Il convient de remarquer aussi que l'introduction du Registre Foncier n'a en rien modifié la situation. Selon l'art. 7 alinéa 3 de la loi du 30 août 1882 sur le cadastre [16] et l'art. 32, 3 de la loi du 11 mai 1897 sur l'inscription des droits réels immobiliers [17], chaque bâtiment reçoit un seul numéro au cadastre, même s'il est divisé par étages entre plusieurs propriétaires ; en revanche, il fait l'objet d'autant d'articles au Registre Foncier qu'il y a de propriétaires.

[13] Piédelièvre : « La copropriété par appartement » in « L'immeuble urbain à usage d'habitation », études de droit privé sous la direction de Jean Carbonnier — Paris 1963 — p. 193.

[14] Décret-loi du 29 nov. 1939 ; loi du 4 fév. 1943 ; loi du 10 juillet 1965 ; décret du 17 mars 1967.

[15] Sattiva p. 41 à 44.

[16] ROLV 79 p. 339.

[17] ROLV 94 p. 202.

Ainsi, les propriétés par étages étaient inscrites apparemment sans difficultés dans le Registre Foncier [18].

En 1912, l'introduction du Code civil modifia très sensiblement la situation. L'art. 675 CCS interdit toute création de nouvelle propriété par étages [19]. Néanmoins, les anciens droits subsistèrent conformément aux art. 17 et 45 du titre final du Code civil suisse et restèrent inscrits au Registre Foncier cantonal, l'article précité de la loi du 11 mai 1897 étant toujours applicable [20]. En revanche, là où le Registre Foncier fédéral fut introduit, les propriétés par étages furent simplement mentionnées (art. 45 TF CCS), à moins que les parties aient décidé de les adapter au Code civil pour permettre l'inscription de leurs droits [21]. A la fin de la seconde guerre mondiale, la pénurie de logements reposa le problème de la propriété par étages. Cette institution disparue aurait pu rendre de précieux services. On proposa alors diverses solutions pour obtenir le même résultat, en évitant de tomber sous le coup de l'art. 675 CCS [22]. Il était évident qu'il fallait, tôt ou tard, reviser le Code civil sur ce point là; ce qui fut fait par la loi du 19 décembre 1963 sur la propriété par étages [23], entrée en vigueur le 1er janvier 1965. Cette loi introduisit et modifia une série de dispositions du Code civil suisse [24]. L'art. 206 LVCC fut modifié en conséquence [25]. Depuis lors, toutes les anciennes propriétés par étages, inscrites au cadastre cantonal ou mentionnées au Registre Foncier fédéral, sont soumises aux nouvelles dispositions. C'est le régime actuel.

[18] Contrairement à l'argument invoqué par ceux qui supprimèrent la propriété par étages du CCS sous prétexte qu'une telle propriété était incompatible avec l'organisation du Registre Foncier. Il est évident toutefois que le travail eût été considérable, la dépense énorme, si l'on pense à des immeubles de 20 appartements par exemple (faire le plan de l'immeuble, établir des feuillets...). Cf. FLATTET: JT 1949 p. 615.

[19] Sattiva p. 48 ss et Flattet (JT 1949 p. 614) donnent les raisons de cette suppression.

[20] En vertu de l'art. 166 de la loi sur le registre foncier du 24 août 1911: ROLV tome 108 p. 332.

[21] ROLF XXVI p. 201: art. 114 de l'ordonnance sur le Registre Foncier du 22 février 1910: un des ayants droit est porté au Registre comme propriétaire du sol, et par conséquent de la maison; les autres comme titulaires de servitudes personnelles et transmissibles au sens de l'art. 781 CCS.

[22] FLATTET: JT 1949 p. 616 ss; SATTIVA p. 61 ss: 3e et 4e partie.

[23] ROLF 1964 p. 989 ss.

[24] Art. 647 à 650, 655, 682 et 712 a à 712 t CCS, ainsi que art. 20 à 20 quater TF CCS.

[25] ROLV 162 p. 119: loi du 19 mai 1965, modifiant la LVCC du 30 nov. 1910.

DU FOSSÉ, DE LA HAIE ET DES AUTRES CLÔTURES MITOYENNES

Concernant ces clôtures, le Code civil a repris le système que nous avons étudié plus haut [1] à propos des murs mitoyens. Les articles 453 à 456 traitent des fossés, les art. 457 et 460 des autres clôtures. On pourrait critiquer à juste titre la numérotation des articles, les dispositions des art. 453 à 457 et 460 CCV auraient dû être groupées ; de même, l'art. 436 CCV, concernant le droit de clôture, aurait plutôt trouvé sa place ici, en tête de ces prescriptions. Le plan du Code civil n'est pas exempt de tout reproche et une présentation plus claire et mieux ordonnée de ses dispositions aurait facilité son utilisation.

Paragraphe 1. Des fossés

I. Article 453 CCV

« Tous fossés entre deux fonds de même nature sont présumés mitoyens, s'il n'y a titre ou marque du contraire.

Si les fonds sont de nature différente, on suivra la règle établie pour les murs au second paragraphe de l'art. 441 ».

Art. 666 CCF

« Tous fossés entre deux héritages sont présumés mitoyens, s'il n'y a titre ou marque du contraire ».

On retrouve le système de présomptions basé sur la différence de valeur entre les fonds, examinée à propos de l'article 441 [2]. Le fossé est censé

[1] Cf. *supra* p. 56 ss et p. 62.
[2] Cf. *supra* p. 56 ss.

appartenir au propriétaire du fonds le plus précieux. Dans ce sens, le jardin est regardé comme plus précieux que la chenevière, la chenevière que la vigne, la vigne que le pré, le pré que le champ, le champ que le bois. La distinction fondée sur les niveaux des terrains n'a pas été réutilisée. En effet, dans le cas où il existe une différence de niveau, le mur est utile au fonds supérieur parce qu'il le soutient; si c'est d'un fossé qu'il s'agit, il n'est, à priori, pas plus utile à l'un qu'à l'autre; il n'y a donc aucune raison d'accorder une préférence à l'un des propriétaires au détriment de l'autre.

Si les fonds sont de même nature, ils sont mitoyens à moins qu'il n'y ait un titre ou une marque contraire:

II. Article 454 CCV

« Il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé ».

Cette prescription est identique à l'art. 667 CCF. Il faut entendre par levée, un amas de terre placé sur les bords du fossé, ordinairement pour retenir l'eau qu'il contient. Le rejet de la terre sert à former la levée, il s'agit de la terre que l'on jette hors du fossé, soit en le curant, soit en le creusant [3].

III. Article 455 CCV

Selon l'art. 455 CCV: « Le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve.

La présomption établie par l'art. 454 cesse lorsque la disposition en pente du terrain oblige de jeter la terre d'un côté seulement ».

L'alinéa 2 est nouveau, il n'existait pas dans le Code français. Il fut introduit pour des raisons d'équité qui se comprennent facilement [4]. En résumé, les fossés sont réputés non mitoyens si les fonds sont de nature différente. S'ils sont de même nature, il peut exister un titre ou une marque

[3] ROGRON note ad art. 667 CCF: ancien terme: douve. « Qui a douve a fossé ».

[4] ACV K VII a 3, 6: rapport du 24 mai 1811, note ad art. 561 et 562 du projet de 1810.

que ces fossés ne sont pas en copropriété. Il apparaît donc que la volonté du législateur était d'éviter le plus possible les cas de mitoyenneté.

Néanmoins, les art. 33 et suivants du Code rural de 1848 ont une tendance opposée. Cette loi distingue les fossés qui ont pour unique fonction de délimiter les parcelles de terrain et ceux qui servent, en plus, à l'écoulement des eaux et à l'assèchement des fonds. L'art. 33 CR dispose que cette deuxième catégorie de fossés est réputée mitoyenne et que les marques contraires prévues par les art. 453, 2, 454 et 455 CCV ne sont pas applicables dans ce cas. On peut se demander pour quelles raisons le Code rural a renoncé à ces présomptions, alors que pour toutes les clôtures autres que les fossés, la tendance générale était de désigner un propriétaire unique. En fait, que les fossés soient mitoyens ou non, les deux propriétaires en jouissent à parts égales, ils peuvent en bénéficier pour l'écoulement des eaux se trouvant sur leurs terrains. Si l'on déclare que le fossé est la propriété exclusive de l'un des bordiers, cela signifie qu'il devra l'entretenir seul, alors que son voisin, déchargé de tous les frais, en jouira comme par le passé. Il a donc paru équitable de répartir les charges d'entretien et d'élargir la portée de la présomption de mitoyenneté.

Quant aux autres fossés, la situation n'est pas claire. L'art. 5 CR [5] dispose que le fossé, pour servir de limite, doit être mitoyen. Il semble que cette disposition vise le cas où le fossé est creusé dans le but de fixer définitivement les limites des fonds avec les mêmes effets juridiques que le placement de bornes. Dans cette hypothèse, il restera en copropriété, malgré les marques de non-mitoyenneté prévues dans le Code civil. En revanche, si le fossé, bien qu'aménagé à la limite, n'a pas cette fonction, les présomptions légales seront applicables. D'autre part, dès 1821, celui qui voulait creuser un fossé pour clore son fonds devait l'éloigner de la ligne séparative de un pied et demi à trois pieds selon les circonstances (art. 461 CCV), à moins d'obtenir une servitude ou de le faire en commun avec son voisin. Autant dire que les cas d'application des art. 454 et 455 furent très rares [6].

Actuellement, d'après l'art. 670 CCS, les clôtures servant à la démarcation de deux immeubles, telles que murs, haies, barrières, sont présumées mitoyennes. Bien qu'il ne soit pas fait allusion aux fossés, cette énu-

[5] Cf. aussi ROLV 79 p. 351 : loi sur le cadastre du 30 août 1882 : art. 48 : « Les fossés sont admis comme limites lorsque le terrain ne permet pas l'emploi de bornes ; dans ce cas, ils sont mitoyens et la ligne séparative passe au milieu du fossé ».

[6] Fossés creusés avant 1821 ou aménagés en dérogation à l'art. 461 CCV sur la base d'une servitude (titre perdu par exemple).

mération est exemplaire et peut être complétée. Ainsi peut-on admettre que la présomption de mitoyenneté est aussi valable pour tous les fossés sans distinction. Pourtant, l'art. 12 du Code rural actuel [7], reprenant l'art. 33 ancien, prévoit que sont réputés mitoyens, les fossés servant non seulement de limites, mais encore destinés à l'écoulement des eaux ou à l'assèchement des terrains. Cette condition supplémentaire posée par cet article, à savoir que le fossé serve à l'écoulement des eaux, nous semble inconciliable avec l'art. 670 CCS. Il s'agit d'une survivance du droit antérieur contraire au droit fédéral et il est regrettable que l'on n'ait pas été plus attentif en reproduisant cette ancienne disposition.

IV. Article 456 CCV

Aux termes de l'art. 456 CCV, « le fossé mitoyen doit être entretenu à frais communs ». En France, certains auteurs admettaient que l'on puisse se soustraire à cette obligation [8]. Pardessus faisait la distinction, déjà signalée, entre les fossés destinés à recevoir des eaux de pluie et à faciliter leur écoulement et ceux destinés à clore, séparer deux fonds. Il soumettait les premiers aux droits des eaux et par conséquent en interdisait l'abandon, mais contraignait à l'entretien du fossé tous les riverains. Quant aux fossés servant de limites, l'abandon était possible. Une loi française du 20 août 1881 vint confirmer cette thèse en introduisant un nouvel article 667 CCF.

L'art. 33, 2 du Code rural vaudois, relatif aux fossés destinés à l'écoulement, déclare que le « copropriétaire ne peut pas, sans le consentement de l'autre copropriétaire, se libérer de sa part dans les frais d'entretien, en abandonnant son droit de mitoyenneté ». Pour cette sorte de fossés, la solution est la même qu'en France. En revanche, pour les fossés servant simplement de limites, la faculté d'abandon devait être possible, l'art. 32 CR disposant que ce droit est donné aux copropriétaires de toute clôture mitoyenne [9].

[7] Art. 12 CR : « Lorsqu'un fossé servant de limite entre deux fonds est destiné, en outre, à l'écoulement des eaux ou au dessèchement des terrains voisins, ce fossé est réputé mitoyen aux fonds qu'il sépare, et il ne peut être supprimé que du consentement de tous les propriétaires intéressés ». Les art. 454 et 455 CCV, eux, ont disparu.

[8] Pardessus p. 271 ss ; Demolombe p. 509-510.

[9] A l'exception des fossés servant à l'écoulement (art. 33, 2 CR) et des clôtures des pâturages destinés à l'alpage ou estivage du bétail dans les montagnes (art. 28 CR). Cf. *supra* p. 68.

Dans la législation actuelle, le droit d'abandon est conservé pour les murs, mais il n'en est pas fait mention pour les autres clôtures. Il n'existe donc plus pour celles-ci.

Paragraphe 2. Des autres clôtures mitoyennes

I. Article 457 CCV

L'art. 457 CCV s'harmonise avec les art. 441 et 453 CCV puisqu'il dispose que: « Toute autre clôture qui sépare des fonds de même nature est réputée mitoyenne, s'il n'y a titre ou possession suffisante du contraire.

Si les fonds ne sont pas de même nature, on suivra la règle établie pour les murs, au second paragraphe de l'article 441 ».

Cette prescription est assez différente de l'art. 670 CCF. Tout d'abord, l'alinéa 2, reprenant la distinction déjà examinée à propos des art. 441 et 453 CCV [10], est une règle typiquement vaudoise. Ensuite, l'art. 457 CCV stipule que la présomption de mitoyenneté s'applique à toute clôture, alors que le CCF ne parle que de haie seulement. Selon Pardessus [11], l'art. 670 CCF s'appliquerait même aux seules haies vives [12]. Demolombe, lui, prétend qu'il concerne aussi bien les haies vives que les haies sèches, faites avec du bois coupé [13]. Une loi du 20 août 1881 viendra élargir la portée de cet article en disant que toute clôture qui sépare des héritages est mitoyenne (art. 666 CCF nouveau). En revanche le Code civil vaudois a adopté, dès l'origine, cette solution large qui recouvre tant les haies vives et sèches que les autres clôtures faites en planches, treillis, fil de fer barbelé, etc...

D'autre part, ces clôtures sont réputées mitoyennes à moins qu'il n'y ait titre ou possession suffisante du contraire. Les art. 441 et 453 CCV parlent de marques et non de possession contraire. Rogron [14] nous donne l'explication de cette différence: « Cette possession n'est pas admise comme preuve de non mitoyenneté lorsqu'il s'agit d'un mur ou d'un fossé. La

[10] Cf. *supra* p. 56 ss et p. 84.
[11] Pardessus p. 277.
[12] Haie vive ou à pied, composée d'arbrisseaux vivants.
[13] Demolombe p. 518.
[14] Rogron note ad art. 670 CCF.

différence provient de ce que les actes de propriété qu'on peut faire sur une haie sont plus évidents: tailler, couper, cueillir, ces actes ne peuvent s'appliquer aux murs et fossés ». Si l'un des voisins agit comme s'il était seul propriétaire de la clôture, il sera censé en être l'unique ayant droit, à moins que l'autre ne trouble cette possession ou ne la conteste de toute autre manière. Remarquons à nouveau que tout copropriétaire peut abandonner son droit de mitoyenneté pour se dispenser de contribuer aux réparations [15].

II. Article 460 CCV

« Les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne sont mitoyens comme la haie; et chacun des deux propriétaires a droit de requérir qu'ils soient abattus » (= art. 673 CCF [16]).

L'art. 56 CR étend ce principe à tout arbre se trouvant sur la ligne séparative de deux fonds, même s'il n'y a pas de haie proprement dite. Au cas où la haie n'appartiendrait qu'à un seul propriétaire, celui-ci pourrait passer sur le fonds voisin pour émonder et élaguer sa haie, ainsi que pour d'autres travaux d'entretien. Cette faculté n'existerait évidemment pas s'il pouvait faire ces actes en restant sur son terrain [17]. Il s'agit d'un cas d'application de la servitude d'échellage que nous avons signalée à propos des murs [18]. Pareille prescription se retrouve à l'art. 166 LVCC. D'autre part, l'art. 30 du Code rural de 1911 prévoit que les arbres qui se trouvent sur la limite de deux fonds doivent être abattus si l'un des deux propriétaires le requiert; c'est la règle des art. 56 CR ancien et 460 CCV *in fine*.

[15] Cf. *supra* p. 87.
[16] Article modifié par une loi du 20 août 1881: cf. art. 670 CCF actuel.
[17] Art. 40 CR.
[18] Cf. *supra* p. 76.

Chapitre V

DES DISTANCES A RESPECTER POUR LES PLANTATIONS, HAIES ET FOSSÉS

Paragraphe 1. Comment calculer ces distances

Dans les articles que nous allons étudier, il est fait mention de distances à respecter pour les plantations des arbres, pour l'établissement de haies et de fossés. Il est important, dès lors, de connaître quelle fut la mesure adoptée par la législation cantonale et si elle fut modifiée dans le cours du XIX^e^ siècle. Selon Secrétan [1], les pieds dont il est parlé dans le Code « doivent s'entendre des pieds suivant l'ancienne mesure de Berne ». Bippert, dans un avertissement au début de son Code expurgé [2], prétend lui aussi que le pied dont il est question dans le Code civil est le pied bernois en vigueur en 1821, qui se divisait en 12 pouces de 12 lignes chacun. Cette mesure, qui avait un peu moins de 30 cm (3 pieds bernois = 0,88 m), fut, jusqu'en 1822, la mesure officielle dans le canton de Vaud. Une loi vaudoise du 27 mai 1822 [3], entrée en vigueur le 1^er^ janvier 1823, réforma tout le système des poids et mesures. L'unité fondamentale fut le pied. La longueur du nouveau pied vaudois était égale aux 3/10 de la 10 millionième partie du quart du méridien terrestre, c'est-à-dire de l'arc compris entre le pôle boréal et l'équateur et à 147 lignes 39/125 de la mesure correspondante usitée jusqu'alors dans le canton. Il se divisait en 10 pouces,

[1] Secrétan p. 174 note ad art. 458.
[2] Bippert et Bornand : « Code annoté » — 1885, avertissement 2 page V.
[3] ROLV 19 p. 33 ss.

le pouce en 10 lignes, la ligne en 10 traits [4] et était égal à trois décimètres, mesure de France. On désirait que « le système soit tellement simple que le plus borné puisse de tête et sans le secours de la plume le saisir dans son ensemble, et s'en rendre parfaitement compte » [5]. Selon l'art. 71 de cette loi, à partir du 1er janvier 1823, « toutes les conventions faites dans le canton, et pour objets existant dans le canton, où l'espèce de mesure ne sera pas exprimée, seront censées faites à la mesure légale ». L'art. 83, lui, prévoit que toutes les dispositions législatives et autres, contraires au contenu de la loi de 1822, seront rapportées. On peut, dès lors, se demander si, dès 1823, on utilisa la mesure bernoise ou la nouvelle mesure pour appliquer le Code civil. Bippert [6] et Secrétan [7] affirment tous deux, le Code ayant été élaboré en pieds bernois, que c'est cette mesure qu'il faut utiliser pour son application.

Le Code rural de 1848 a été rédigé, lui, sous l'empire de la loi de 1822. C'est donc en pieds vaudois de 30 cm qu'il faudrait compter, selon Bippert, chaque fois que le Code impose des distances à respecter, alors même que ces dispositions seraient reprises du Code civil. Ainsi conviendrait-il de distinguer, parmi les règles du Code civil, celles qui ont été reprises par le Code rural de celles qui ne l'ont pas été. Les distances imposées par les premières devraient se calculer en pieds vaudois de 30 cm, les autres en pieds bernois, même si ces dispositions légales se trouvent côte à côte dans le même code. Un tel système est critiquable. Guisan [8] le relève fort justement: « Sans insister sur la déplorable complication qui résulterait de ce système et qui serait bien plus considérable encore si le pied suisse qui a remplacé le pied vaudois ne se fut trouvé égal à celui-ci, nous ferons observer que toute loi se trouve de plein droit modifiée par toute loi postérieure contraire, sans qu'il soit besoin pour cela d'aucune disposition

[4] « Rapport sur les moyens d'introduire dans le canton l'uniformité des poids et mesures suivi de la loi adoptée par le Grand Conseil du Canton de Vaud, le 27 mai 1822, par le Département des Finances » — ACV PA 504 — p. 35; Valier, p. 2: 100 pieds = 30 mètres = 92,350 pieds de roi, de Genève et du Valais = 102,299 pieds de Berne et de Neuchâtel. Cf. Bippert et Bornand: « Code annoté », avertissement 2 page V: Le pied vaudois, soit fédéral, équivaut à 30 centimètres et est plus long que le pied bernois de 3 39,125 lignes bernoises, ou de 2 31,125 lignes vaudoises (env. 6,7 mm).

[5] « Rapport sur les moyens d'introduire dans le canton l'uniformité des poids et mesures... ». ACV PA 504 p. 69.

[6] Cf. *supra* p. 90 note 2.

[7] Cf. *supra* p. 90 note 1.

[8] Guisan p. 568.

spéciale; qu'ainsi la loi du 27 mai 1822 en fixant la longueur du pied légal à trente centimètres a, par là même, modifié toutes les longueurs qui, par les lois antérieures étaient déterminées en pied... Il n'y a là pas d'effet rétroactif comme on l'a dit à tort... Ceux qui partagent l'opinion de MM. Bippert et Bornand devraient demander au législateur de faire disparaître de pareilles anomalies ».

Malgré ses conséquences illogiques et ses complications infinies, le système préconisé par Bippert semble avoir été suivi par la jurisprudence. Dans un arrêt du 30 novembre 1898, le Tribunal Cantonal spécifie à plusieurs reprises que les distances à respecter, en matière de servitudes de vue, sont à compter selon l'ancienne mesure bernoise, mesure qui avait cessé d'être en vigueur trois quarts de siècle auparavant [9]. En 1910, lors de l'élaboration de la loi vaudoise d'introduction au Code civil suisse, le même principe fut réaffirmé et non contesté par un conseiller d'Etat lors des débats au Grand Conseil [10]. Bien que la thèse de Bippert ait été admise par nos magistrats, nous persistons à croire ce système mauvais et qu'il aurait été plus conforme au but visé par la loi de 1822 de soumettre toutes les dispositions du Code civil à une seule et même mesure: le pied vaudois. On aurait ainsi évité la confusion qui s'est produite lors de l'introduction du Code rural de 1848.

Enfin, rappelons pour mémoire qu'en 1851, les autorités fédérales prirent pour unité le pied vaudois [11], qu'ensuite, une loi fédérale du 24 juillet 1868 [12] vint accorder une existence légale au système des poids et mesures métriques parallèlement au système basé sur le pied et que finalement, en 1875, on prit pour base unique le mètre [13]. Néanmoins, pour appliquer le CCV, on continuera d'utiliser le pied jusqu'en 1912.

C'est donc une mesure très pratique qui fut choisie en 1823 dans le canton de Vaud. Le pied vaudois correspondant à 30 cm, il n'y eut pas de difficultés pour passer au système métrique. Néanmoins, les droits antérieurs à 1823 restaient au bénéfice des anciennes prescriptions. De

[9] JT 1899 II p. 45, 48.

[10] Bulletin du Grand Conseil: séance ordinaire d'automne 1910, p. 385-386: Conseiller d'Etat Cossy.

[11] ROLF tome III p. 85 ss.

[12] ROLF tome IX p. 350 ss.

[13] ROLF nouvelle série tome I p. 686 ss. Cf. également p. 13.

même, actuellement encore, les constructions existant au 1er janvier 1912 demeurent soumises aux anciennes règles, même pour les reconstructions de bâtiments existant à cette date [14].

Paragraphe 2. Articles 458 et 459 CCV

Art. 458 CCV

« Il n'est permis de planter qu'à la distance de vingt pieds de la ligne séparative des deux fonds,

1) Des arbres de haute tige, qui ne sont pas arbres fruitiers;

2) Des châtaigniers et des noyers.

Les autres arbres fruitiers ne peuvent être plantés qu'à la distance de dix pieds de la même ligne, les espaliers toutefois exceptés.

Lorsque deux fonds seront séparés par un ruisseau, chemin ou sentier appartenant au public, la ligne séparative sera censée tracée au milieu du ruisseau chemin ou sentier » [15].

Art. 671 CCF

« Il n'est permis de planter des arbres de haute tige qu'à la distance prescrite par les règlements particuliers actuellement existant, ou par les usages constants et reconnus; et, à défaut de règlements et usages, qu'à la distance de deux mètres de la ligne séparative des deux héritages pour les arbres à haute tige, et à la distance d'un demi-mètre pour les autres arbres et haies vives ».

Henri Carrard [16] avait prévu, en 1805, de faire deux distinctions dans cet article. La première, qui n'a pas été reprise parce que trop subtile, trop archaïque, tenait compte de l'orientation des arbres. Il n'aurait été permis de planter qu'à la distance de 27 pieds à l'orient, au midi et à l'occident de la ligne qui sépare les deux fonds, et à celle de 18 pieds au nord de cette même ligne pour les arbres de haute tige, les châtaigniers et les noyers. Quant aux autres arbres, on aurait pu les planter à la distance de 18 pieds seulement dans les trois directions précitées et à 9 pieds

[14] LVCC art. 207. Ceci ne semble pas valable pour les arbres: en effet, une fois disparus pour une raison quelconque, il ne pourra être replantés de nouveaux plants aux mêmes endroits.

[15] Cf. *supra* p. 90: d'après Bippert et Bornand, le mot « pied » parait devoir s'entendre ici du pied fédéral de 3 décimètres, l'art. 45 du Code rural reproduisant cet article.

[16] ACV K VII a 3, 30: projet manuscrit de Code civil avec exemplaire du CCF interfolié.

pour la quatrième. Ces différences s'expliquent pour des raisons d'ensoleillement et d'ombre portée par les arbres. L'origine de cette proposition est à rechercher dans le Code d'Aigle qui contenait la même règle [17]. La seconde distinction reposait sur la nature des arbres: elle fut conservée. En 1812, on introduisit l'alinéa 3 qui n'existait pas en France [18] et l'article ne fut plus modifié dès cette année-là.

La distinction, d'ailleurs peu rationnelle [19], entre les arbres fruitiers et ceux qui ne le sont pas a suscité des remarques au sein du Grand Conseil. A propos du saule, on suggérait qu'il puisse être planté à la distance de 10 pieds, et dans les prés-marais à toute distance. « Les motifs ne paraissent pas suffisants pour fonder l'exception réclamée en faveur du saule, répondit le Petit-Conseil [20], si son ombrage n'est pas aussi étendu que l'est celui des arbres fruitiers en général, l'habitude de les planter serrés produit un effet tout aussi fâcheux, et l'on en a de nombreux exemples dans les haies de haute futaie qui interceptent tous les rayons du soleil et empêchent plus que tout autre arbre la circulation de l'air. Or, en admettant que le produit de ces arbres fut grand pour les propriétaires, il n'est pas juste que la loi consacre en sa faveur le bénéfice aux dépens du voisin, que le profit de l'un soit acquis par le dommage de l'autre. La faculté de placer à toute distance le saule dans les prés-marais est plus injuste encore, et donne lieu de craindre d'ailleurs des difficultés nombreuses sur ce point de fait: qu'est-ce qu'un pré-marais? ». Cette opinion fut, nous le verrons plus loin, confirmée par les tribunaux vaudois.

Un autre député souhaitait excepter le cerisier, à côté des châtaigniers et des noyers. On refusa une telle proposition en arguant « qu'on ne peut comparer le cerisier aux noyers et châtaigniers, car les dimensions sont en général plus modestes, et si l'on accepte l'exception pour le cerisier aussi, l'on pourrait à tout aussi juste titre demander la même exception contre

[17] Code d'Aigle III, 3, 16. Cf. aussi Loix et Statuts de Payerne II, 6, 1 et 2. — 18 pieds au nord de la ligne: cela revient à permettre de planter jusqu'à 18 pieds de la limite sud de sa parcelle. En revanche, planter à 18 pieds de la limite nord, c'est placer des arbres trop près de son voisin, étant donné que l'ombre se porterait sur la partie sud de la parcelle contiguë.

[18] On retrouve cette même règle à l'art. 6 du Code rural de 1848.

[19] Cette distinction n'est pas rationnelle car tous les arbres portent un fruit; il aurait fallu dire: arbre dont le fruit sert habituellement à la consommation ou quelque chose d'analogue...

[20] ACV K VII a 3, 9: rapport du 6 mai 1812, observ. ad art. 565.

le poirier, le prunier, le pommier et qu'alors la distinction entre les arbres fruitiers et ceux qui ne le sont pas serait détruite » [21]. Les anciens coutumiers sont à l'origine de cette disposition un peu particulière. La séparation des arbres en deux catégories et l'exception des noyers et châtaigniers étaient bien établies dans le canton [22].

L'art. 458 CCV comporte une lacune : il ne dit pas ce qu'il faut entendre par arbre de haute tige. Le Code rural viendra une fois de plus suppléer aux imprécisions du Code civil en disant que les arbres à haute tige sont ceux qui parviennent ordinairement à une hauteur de 30 pieds (9 mètres) ou plus [23]. Un rapport du 1er juin 1818 nous révèle une proposition saugrenue faite par un député [24] : « On voudrait introduire la nomenclature des arbres à haute tige. Aberrant ! Chaque année on introduit des arbres exotiques dans le canton, que se passerait-il si l'on en omettait même un seul ? ». La jurisprudence dut trancher parfois des cas limites et classer telle espèce d'arbre dans l'une ou l'autre des catégories. Ainsi un arrêt du Tribunal d'Appel du 12 mars 1839 [25] considère que « le saule blanc ou commun est un arbre à haute tige ; le mode de culture, consistant à écimer le saule à 5 ou 6 pieds, ne modifiant pas le principe ». L'art. 458 CCV ne résout pas non plus le cas des arbres qui ne sont ni de haute tige, ni des arbres fruitiers. L'art. 46 CR les assimilera aux arbres fruitiers, ce qui est logique.

[21] ACV K VII a 3, 6 : rapport d'une commission du Grand Conseil du 24 mai 1811, observ. ad art. 565.

[22] Plaict Général de Lausanne : la loi 327 séparait les chênes, noyers, peupliers et châtaigniers des autres espèces (18 et 9 pieds) Les Loix et Statuts (II, 10, 1, folio 277) ne faisaient pas de différences entre les arbres, sauf « les gros » qui auraient été plantés depuis longtemps, c'est-à-dire qui existaient avant la promulgation du Coutumier en 1616 (cf. Boyve : « Remarques » p. 211 rem. 5). Le Coutumier de Grandson (loi 201) faisait une énumération exemplaire : chêne, noyer, peuplier, châtaignier, frêne et « autres semblables » qu'il fallait distinguer des autres espèces ; la différence semblait évidente et les critères n'apparaissaient pas dans le texte légal (18 et 9 pieds). Le Code d'Aigle (III, 3, 16) contenait la règle la plus détaillée : les noyers, chênes, châtaigniers et autres grands arbres étaient opposés aux poiriers, pommiers, cerisiers...

[23] Art. 46 CR.

[24] ACV K VII a 3, 19. Rapport d'une commission du Grand Conseil, observ. ad art. 498 du projet de 1818.

[25] Le Droit, recueil des jugements tendant à fixer la jurisprudence dans le canton de Vaud — Lausanne 1839 — tome I p. 43.

Concernant les distances à respecter, les coutumiers varient. Ceux de Grandson et de Lausanne prévoient 18 et 9 pieds, alors que les Loix et Statuts imposent une distance unique de 18 pieds. Le Code d'Aigle est le plus exigeant avec 27 et 18 pieds, Payerne le plus tolérant avec six pieds [26]. Carrard [27] proposait la solution aiglonne la plus rigoureuse; Lechaire [28] souhaitait une distance de 10 pieds pour les arbres fruitiers, alors que le premier projet de 1808 [29], contrairement à Carrard, exigeait une distance unique de 20 pieds. La suggestion de Lechaire fut acceptée non sans mal: « On trouve que 10 pieds pour les arbres fruitiers relativement aux jardins, chenevières, plantages, vignes et champs est trop courte. Cela irait entre les prés. Il faut répondre à cela que la distance de 10 pieds donne effectivement 20 pieds de terrain enlevés à la culture des arbres, parce que chacun des propriétaires voisins est obligé de respecter la même distance, et qu'il faut prendre garde qu'en étendant trop loin la prohibition, elle ne devienne trop dure. Il faut encore observer que ce serait précisément les petits propriétaires de petites possessions qui souffriraient le plus de la défense si elle n'est pas resserrée dans de justes bornes » [30]. Autre critique: « On argue que la distance de 20 pieds ne peut être admise pour les lieux où les propriétés sont très fractionnées et où il existe des bois, soit forêts de châtaigniers. Il faut répondre que, dans ces contrées l'intérêt commun fera déroger à la loi par des conventions particulières. Les lieux, au contraire, où cet intérêt commun ne provoquera pas de règles spéciales, il sera utile, indispensable même, de protéger les champs ou la vigne contre la forêt » [31]. Pour les uns, la distance est trop courte, pour d'autres trop longue. On choisit finalement une solution qui tient compte des intérêts des propriétaires et qui ne s'écarte pas trop du droit antérieur. Remarquons que l'on adopta des chiffres ronds

[26] Loix et Statuts de Payerne II, 6, 1: d'orient, de vent et de bise: 6 pieds de roy, d'occident 3 pieds.

[27] ACV K VII a 3, 30: projet manuscrit de Code civil avec exemplaire du CCF interfolié.

[28] ACV K VII a 3, 40: lettre de Lechaire, juge à Moudon, du 30 janvier 1809, adressée au Citoyen Président et Membre du Petit-Conseil.

[29] ACV K VII a 3, 31 p. 200 art. 562.

[30] ACV K VII a 3, 6: rapport d'une commission du Grand Conseil du 24 mai 1811 · observ. ad art. 565.

[31] ACV K VII a 3, 19: rapport d'une commission du Grand Conseil du 1er juin 1818 observ. ad art. 498.

plus pratiques. Par rapport aux Loix et Statuts qui n'avaient qu'une distance unique (18 pieds), le Code civil est plus libéral, mais pour les arbres fruitiers seulement (10 pieds); en revanche, il est plus sévère que le Code français (art. 671 CCF: 2 mètres et 50 cm; art. 458 CCV: 5 m 86 et 2 m 93).

Le système de l'art. 458 CCV n'est pas exempt de toute critique. La distinction qualitative basée sur l'essence des arbres n'est pas convaincante. La notion d'arbre de haute tige est trop floue. Ce qui est important, c'est la hauteur réelle de chaque arbre et non la hauteur potentielle que les espèces peuvent atteindre en temps normal. Il aurait fallu consacrer un système plus rationnel et plus simple. En France, on se heurta à la même difficulté. Le Code civil français n'ayant pas donné de critères pour distinguer les arbres de haute tige des arbres de basse tige, il appartenait au juge de trancher dans chaque cas qui lui était soumis, si les arbres litigieux étaient ou non de haute tige. Mais quelles règles devait-il suivre pour cette détermination? Baudry-Lacantinerie [32] nous apprend que, « sur cette difficile question, un conflit grave s'était élevé entre la Cour de cassation et les juridictions soumises à sa censure. Ces dernières la résolvaient généralement en tenant compte de l'aménagement de l'arbre et non de son essence: de telle sorte que le même arbre était considéré comme étant de haute tige, ou de basse tige, suivant le développement qu'on lui permettait de prendre. D'après cette jurisprudence, un frêne croissant en plein vent était un arbre de haute tige, et ne pouvait être planté qu'à deux mètres de l'héritage du voisin; tandis qu'une haie plantée de frênes que l'on recépait périodiquement de manière à ne pas leur permettre de dépasser une certaine hauteur, trois mètres par exemple, était considérée comme composée d'arbres de basse tige et pouvait être plantée à 50 cm de l'héritage voisin. La cour de cassation estimait au contraire que la question de savoir si un arbre est de haute ou de basse tige devait être résolue en tenant compte uniquement de l'essence de l'arbre, quel que fût d'ailleurs son aménagement. Sa jurisprudence était constante sur ce point ». Le législateur français, par une loi du 20 août 1881 introduisit un nouvel article 671 CCF qui sanctionne la jurisprudence des cours inférieures, qu'on a appelée la « jurisprudence des juges de paix ». « ... En supposant que cette dernière ne fût pas la plus conforme au texte de la loi, elle était certainement la plus en harmonie avec les besoins de la pratique.

[32] Baudry-Lacantinerie p. 739-740.

D'après le nouvel art. 671, il n'y a jamais lieu de considérer l'essence de l'arbre pour résoudre la question de savoir à quelle distance il doit être planté, mais uniquement son aménagement » [33].

La même solution fut aussi consacrée chez nous par le Code rural de 1911. L'art. 25 CR, plus cohérent que l'ancien art. 458 CCV, ne tient compte que de la hauteur effective des arbres et fixe des maxima d'élévation :

« Il ne peut être fait sans le consentement du propriétaire du fonds voisin, aucune plantation d'arbres, d'arbustes ou d'arbrisseaux a une distance moindre de cinquante centimètres de la limite, ou d'un mètre si le fonds voisin est un jardin ou une vigne.

A partir de ces distances de cinquante centimètres et d'un mètre jusqu'à celle de six mètres, toutes plantations d'arbres, d'arbustes ou d'arbrisseaux doivent être maintenues à une hauteur ne dépassant pas :

jusqu'à la distance de trois mètres de la limite, deux mètres ;

de trois à six mètres de la limite, six mètres, si l'immeuble voisin est un bâtiment, un jardin ou une vigne, et neuf mètres dans les autres cas » [34].

Concernant le calcul de la distance, le point de départ est la limite des fonds ; s'ils sont séparés par un ruisseau, un chemin ou un sentier, on peut hésiter entre l'un ou l'autre bord du ruisseau ou chemin, ou le point équidistant de chaque fonds riverain. L'art. 458 alinéa 3 CCV consacre cette dernière solution. La raison de cette option est bien exprimée dans un rapport du 1er juin 1818 [35] contenant une réponse à un député qui proposait comme ligne de départ le bord de la propriété de celui qui conteste : « Le système que l'on propose est que dans tous les cas il y ait 20 pieds de distance (10 + 10). Cette proposition restreint ce principe général. Supposons, en effet, deux fonds joignant un chemin de 10 pieds de largeur, en tirant la ligne au milieu du chemin, chacun prend 5 pieds du chemin et 5 pieds sur son terrain. Les arbres se trouvent toujours à 20 pieds et la règle générale est suivie, mais avec cet avantage encore, que les propriétaires gagnent chacun 5 pieds pris sur le chemin. Admettons au contraire l'observation et prenons le même exemple : chaque propriétaire en se reti-

[33] *Ibidem.*

[34] Sanctions : pour art. 25, 1 : arrachage ; pour 25, 2 : écimage. Cf. art. 28.

[35] ACV K VII a 3, 19 : rapport d'une commission du Grand Conseil, observ. ad art. 498.

rant de 10 pieds depuis le bord opposé pourra planter sur la ligne de séparation et les arbres, au lieu de se trouver à 20 pieds l'un de l'autre, ne seront plus qu'à 10 pieds ».

Quelquefois, les propriétaires ont été beaucoup plus exigeants que la loi et ont passé des conventions comprenant une interdiction de planter, non plus à 10 ou 20 pieds, mais à des distances beaucoup plus élevées de la limite. « Vente » du 7 janvier 1865 faite par Charles Chevallaz, notaire à Lausanne [36]: « Ainsi qu'il a été convenu lors de la promesse de vente, les parties confirment ici la condition suivante: les propriétés de chacune d'elles sont soumises à la servitude suivante: sur toute la longueur de la ligne séparative des deux propriétés appartenant aux parties contractantes, l'étendue en longueur n'existe que sur le parcours de la ligne séparative des deux fractions d'immeuble faisant partie du présent acte. A la distance de 100 pieds (30 m) de la ligne séparative des deux fonds et sur la longueur plus haut mentionnée, il ne pourra être planté ni haies vives ou mortes, ni arbres fruitiers et ni de ceux de haute futaie et ceux existant actuellement sur l'une et l'autre des propriétés seront arrachés par le propriétaire ayant droit et contre qui incombe l'obligation de se conformer ».

Une autre pratique consistait à prohiber toute plantation excédant une hauteur déterminée. Echange du 16 avril 1872 par Jacques Vallotton de Lausanne [37]: « ... b) La hauteur maxima des arbres et arbustes qui pourraient être plantés sur cette parcelle ne pourra pas dépasser 15 pieds ».

Que se passe-t-il si l'on ne respecte pas les prescriptions de l'art. 458 CCV? A teneur de l'art. 459 CCV, « le voisin peut exiger que les arbres plantés à une moindre distance soient arrachés, à moins que le propriétaire ne puisse prouver qu'ils sont plantés depuis dix ans.

Celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres du voisin, peut contraindre celui-ci à couper ces branches.

Si ce sont les racines qui avancent sur son fonds, il a droit de les y couper lui-même ».

Le premier projet de cet article contenait une disposition qui a disparu depuis lors et qui visait à protéger tout spécialement le vignoble. Henri Carrard [38] en avait fait la proposition: « Les arbres mentionnés à l'article

[36] ACV notaire Charles Chevallaz, Lausanne, registre 3 p. 219.

[37] ACV notaire Jacques Vallotton, Lausanne, registre 9 p. 42.

[38] ACV K VII a 3, 30: projet manuscrit de Code civil avec exemplaire du CCF interfolié.

précédent qui seraient à côté d'une vigne établie depuis plus de 40 ans et qui seraient placés plus près que les diverses distances désignées dans cet article, devraient être arrachées, si le propriétaire de la vigne l'exige, lors même qu'ils existeraient depuis plus de 20 ans ». Cette règle jugée trop rigoureuse fut supprimée en 1810 et l'énoncé définitif de l'art. 459 CCV date de cette époque. Les alinéas 2 et 3 sont repris du Code civil français (art. 672 CCF), alors que l'on a fait une adjonction à l'alinéa 1er en introduisant une prescription décennale. En fait, contrairement aux apparences, le Code vaudois est plus avantageux pour le propriétaire de l'arbre que le Code Napoléon. En France, il faut que l'arbre ait 30 ans pour que le voisin ne puisse plus en demander l'enlèvement, alors que l'art. 459 CCV n'en exige que dix [39]. On hésita entre une prescription de 10 ou 20 ans et le terme le plus court fut choisi pour la raison « qu'il fallait bien en trouver un... et l'on a pris celui qui permettait encore la transplantation des arbres » [40]. A 20 ans, les arbres sont en pleine maturité et il serait trop dur de les couper à ce moment-là. D'autre part, certains députés trouvaient même ce délai de 10 ans trop long et estimaient que deux ans devaient suffire. Cet avis ne rencontra pas beaucoup d'écho. Citons, à ce propos, la réponse apportée par une commission du Grand Conseil défendant le projet [41] : « L'article paraît on ne peut plus clair. Si les arbres plantés avant la promulgation de la loi le sont depuis dix ans ou plus, le propriétaire a droit de les y laisser. S'ils sont plantés depuis moins de dix ans, il peut être forcé à les enlever. Le terme au surplus ne paraît pas trop long si l'on veut songer un instant aux propriétés écartées et où l'œil du maître n'est pas incessament fixé ». D'après Secrétan [42], la preuve « testimonielle » n'est pas toujours nécessaire, la simple inspection de l'arbre peut souvent convaincre qu'il a plus de dix ans d'ancienneté. Toutefois, l'essentiel n'est pas l'âge de l'arbre car il pourrait avoir été l'objet d'une transplantation, mais c'est qu'il ait existé à l'endroit litigieux depuis une décade au moins [43].

[39] Secrétan p. 174 note ad art. 459; Marcadé p. 603 ss. Cf. art. 690 CCF.

[40] ACV K VII a 3, 42 : réponse à une observation du juge Payod faite en mai 1819.

[41] ACV K VII a 3, 19 : rapport du 1er juin 1818, observ. ad art. 499.

[42] Secrétan p. 174 note ad art. 459.

[43] Le Droit, recueil des jugements tendant à fixer la jurisprudence dans le canton de Vaud — Lausanne 1839 — tome 1 p. 43 : « L'existence de vieux arbres sur son fonds, ne donne aucun droit de servitude autre que celui de laisser exister ceux qui sont plantés depuis plus de dix ans ».

Les particuliers ont apporté conventionnellement des solutions diverses aux litiges les opposant au sujet de leurs plantations. La solution la plus stricte est d'exiger le respect de la loi, par conséquent l'arrachage des arbres. « Partage » du 14 décembre 1866 établi par le notaire Aimé Cuénod de Vevey [44]:

« ... Que tous les noyers à l'exception de ceux plantés le long du chemin sur la parcelle nº 3, ainsi que les autres arbres qui ne sont pas à la distance légale des limites de chaque parcelle devront être enlevés dans le courant du présent hiver et que quant aux nouvelles plantations d'arbres que pourront faire les parties elles ne pourront avoir lieu qu'en observant les distances fixées par la loi ».

Une deuxième possibilité est de permettre l'existence des arbres litigieux, mais à bien plaire seulement. « Convention » du 31 mars 1825 passée devant le notaire Georges Rouge à Lausanne [45]:

« Les merisiers que M. Boucherle vient de planter tout le long de la haie du jardin qu'il possède au faubourg de Martherey, bordant au midi de ce jardin la propriété de M. de Polier, sont à bien plaire. Les divers arbres et arbustes que M. de Polier a fait planter depuis quelques années le long du mur qui soutient le jardin de M. Boucherle du côté d'orient à une distance plus rapprochée que celle prescrite par la loi, sont aussi à bien plaire. M. de Polier aura soin que ces arbres et arbustes ne dépassent pas en hauteur celle du mur sus-mentionné. [46] »

Enfin, certains propriétaires ont renoncé totalement à faire usage de leur droit. « Acquis » du 22 juin 1867 par Gabriel Bertsch d'Yverdon [47]:

« Les arbres fruitiers qui pourraient rester sur l'une ou l'autre des propriétés des parties, à une distance de moins de 9 pieds de la ligne séparative, demeureront à leur place, sans qu'on puisse exiger leur enlèvement ».

---

[44] ACV notaire Aimé Cuénod, Vevey, registre 18 page 18.

[45] ACV Dg 227, registre 13 p. 4.

[46] Cette clause s'explique par le fait qu'en 1825, les art. 49 et 51 du Code rural n'existaient pas encore. Dès 1848, on peut planter des arbustes jusqu'à la clôture, à condition qu'ils ne dépassent pas sa hauteur ; à partir de cette année-là, une telle réserve aurait donc été inutile.

[47] ACV notaire Gabriel Bertsch, Yverdon, registre 6 p. 23.

Le Code rural de 1848 contient des prescriptions complémentaires importantes sur les plantations. Ces dispositions sont, par ailleurs, d'une extrême complexité. Elle dérogent dans plusieurs cas au Code civil. L'art. 49 CR contient une exception très importante aux articles 458 et 459 CCV: « Il est permis de planter toute espèce d'arbres ou d'arbustes et hutins à un pied et demi de la ligne séparative de deux fonds (ou à trois pieds de cette ligne, si le fonds voisin est une vigne), à la condition que ces arbres soient maintenus à la hauteur de six pieds. Le propriétaire qui, jusqu'à la distance de dix pieds de la ligne séparative, veut donner à ses arbres une élévation plus grande, doit les éloigner d'une distance égale à la hauteur qui dépasse six pieds... [48] ». L'art. 52, 2 CR dit encore que « lorsque les arbres plantés à une distance moindre de dix pieds sont maintenus à la hauteur fixée à l'art. 49, le propriétaire du fonds voisin ne pourra pas invoquer en sa faveur les dispositions du premier alinéa de l'art. 459 du Code civil ».

Dès lors, une fois le Code rural entré en vigueur, on peut se demander quelle fut la portée de l'article 459 CCV. La question est de savoir quelles sont les catégories d'arbres visés par les articles 49 et 52 CR? S'ils concernent toutes les sortes d'arbres, l'art. 459 CCV n'a plus de portée depuis l'existence de l'art. 52, 2 CR. Or, comme l'art. 459 CCV est repris à l'art. 47 du Code rural, on ne peut prétendre valablement à son abrogation. Il faut donc concilier ces différentes dispositions.

Un extrait des travaux préparatoires du Code rural nous donne quelques éclaircissements sur la volonté du législateur [49]: « Dans le chap. III: « des plantations », il n'est question, conformément au Code civil, que des arbres à haute tige, des châtaigniers, des noyers et autres arbres fruitiers. Jusqu'à la distance de 10 pieds de la ligne séparative, aucune plantation n'est permise, art. 458 et 459 CCV, ou 44 et 49 du projet (45 et 47 CR). Il est évident que le législateur n'a eu en vue que les arbres mentionnés ci-dessus; mais il y a lacune pour tous ceux qui ne sont ni arbres à haute tige, ni arbres fruitiers, dont plusieurs peuvent être classés dans la catégorie des arbustes ou arbres nains qui ne peuvent procurer aucun préjudice aux fonds voisins. Ainsi que le dit l'exposé des motifs, la question de savoir

[48] Selon cet article, l'élévation est progressive, l'art. 25 CR actuel est différent sur ce point. Cf. *supra* p. 98.

[49] Bulletin des séances du Grand Conseil, session ordinaire d'automne 1848. Séance du 21 novembre 1848 p. 28-29.

si un arbre est de haute tige, est une source de contestations. Il eût été préférable que le Code civil distinguât, non par l'essence, mais par la hauteur acquise. Pour parer en partie à cet inconvénient, le projet détermine la hauteur de l'arbre à haute tige, art. 45 (art. 46 CR : 30 pieds ou 9 mètres) ; ce sera une amélioration, mais il n'est rien statué sur les plantations qui devraient pouvoir être faites dans les 10 pieds dès la limite. La commission ne propose pas de modifier le Code civil pour ce qui a rapport aux plantations qui se font à une distance de 10 pieds dès la ligne séparative. Ici le système des essences serait maintenu, mais dans la distance d'un et demi à dix pieds, la commission estime qu'on doit adopter le système de hauteur acquise sans égard aux essences. Nous dirons que si un arbre planté trop près de la limite peut être nuisible au fonds voisin, ce n'est que lorsqu'il acquiert une élévation trop grande [50], et c'est ce qu'il faut régler. Dans le cas inverse, pourquoi priver un propriétaire d'utiliser son terrain, soit pour des arbres fruitiers à basse tige, soit pour des arbres d'agrément, puisque d'ailleurs il n'est rien changé au second paragraphe de l'art. 459 CCV, qui règle ce qui a rapport aux branches ou aux racines avançant sur le fonds attenant ». On le voit, le système mis sur pied dans le Code rural est un « curieux mélange entre la distinction archaïque selon la nature des arbres et la distinction moderne basée sur la hauteur » [51].

Nous proposons toutefois une autre interprétation. A notre avis, les art. 49 et 52 CR ne concernent pas les arbres de haute tige, les noyers et les châtaigniers. Ainsi les arbres de haute tige et ceux qui leur sont assimilés par l'art. 458 CCV ne pourraient être plantés qu'à la distance de 20 pieds de la ligne séparative ; à ce défaut, le voisin pourrait en exiger l'enlèvement à moins que le propriétaire ne prouve qu'ils sont là depuis plus de dix ans. Tous les autres arbres pourraient exister avec n'importe quelle élévation à partir de dix pieds de la limite et au-delà (art. 458 et 459 CCV). Il serait même possible d'en planter en deçà, mais à condition de respecter l'art. 49 alinéa 1 et 2 CR, c'est-à-dire en n'excédant pas la hauteur maxima sous peine de devoir écimer ce qui dépasse. C'est la solution

[50] Cf. art. 52, 1 CR : « Aucune prescription, en ce qui concerne la hauteur, ne peut être invoquée en faveur des arbres plantés à une distance moindre de dix pieds dès la ligne séparative ». Cf. art. 28, 2 CR de 1911 : *idem*.

[51] Bulletin des séances du Grand Conseil, session ordinaire d'automne 1911. Exposé des motifs et projet de Code rural p. 19-20.

qui nous semble concilier le mieux les textes légaux, même si le législateur du Code rural avait prévu, comme on vient de le voir, que toutes les essences pouvaient être plantées jusqu'à dix pieds de la limite. Nous ne voyons pas en effet quelle raison invoquer pour permettre la plantation d'arbres de haute tige à moins de 10 pieds du fonds voisin alors qu'il serait impossible de le faire de 10 à 20 pieds, ceci d'autant plus que ces arbres ne pourraient dépasser une certaine hauteur en vertu de l'art. 49 CR.

D'autre part, bien qu'il soit interdit de planter plus près de un pied et demi du fonds contigu, les propriétaires, si les fonds sont séparés par un mur ou une autre clôture, sauf celles qui sont à claire-voie, peuvent faire toute espèce de plantation jusqu'à la clôture (art. 51, 2 CR) [52]. Selon le Tribunal Cantonal, il faut interpréter l'art. 51, 2 CR cumulativement avec l'art. 49 CR : il en résulte que dans le cas où les deux fonds sont séparés par un mur, il est permis de planter jusqu'à lui, à condition que les arbres ne dépassent pas six pieds de haut [53]. Même si l'on est obligé de respecter cette hauteur maximale, l'art. 51, 2 fait une brèche assez considérable dans le système du Code civil. Le tribunal du district de Vevey a rendu un arrêt intéressant à ce sujet : « La circonstance qu'un mur destiné à clore une propriété n'est pas élevé à la limite exacte de celle-ci, mais en est séparée par une bande de terrain large de quelques centimètres seulement, n'enlève pas à cette construction le caractère juridique d'un mur de clôture. Dès lors, l'art. 51, 2 CR est applicable dans un pareil cas, et le propriétaire du fonds clos ne saurait s'appuyer sur l'art. 459 CCV pour empêcher toute plantation de son voisin à moins de 45 cm de la ligne séparative » [54].

Le Code rural favorise aussi les viticulteurs : si le fonds voisin est une vigne, les distances à respecter sont généralement plus grandes (art. 42 ; 49, 1 CR ; 461, 2 CCV). En outre, il est permis de planter la vigne à un pied de la ligne séparative seulement, pourvu qu'elle ne s'élève pas au-dessus de cinq pieds en hauteur (art. 50 CR) [55]. Une autre exception concerne les espaliers, ceux-ci peuvent exister à la limite des fonds mais sans pouvoir dépasser six pieds de haut (49, 2). L'art. 48 CR distingue

[52] Cf. art. 26 CR de 1911 : la règle est la même, sauf qu'il n'y a pas d'exception si la clôture est à claire-voie. D'autre part, la plantation ne peut dépasser la hauteur de la clôture.

[53] JT 1870 p. 489 ss.

[54] JT 1890 p. 776 ss.

[55] Cf. art. 27 CR de 1911 : 40 cm au lieu de 30 cm pour l'éloignement.

les arbres de rejet ou de semis des arbres plantés. La prescription décennale ne commence à courir pour la première catégorie que du moment où ils ont atteint six pieds d'élévation. Enfin, les art. 53 et 55 CR règlent le cas des fonds qui sont en bordure de forêts, le propriétaire du terrain en nature de forêt et son voisin peuvent planter des arbres de toute espèce jusqu'à la limite de leurs fonds respectifs [56].

Concernant les branches qui avancent sur le fonds voisin, le propriétaire peut les faire couper ou les tolérer (art. 459, 2 CCV). S'il préfère les laisser empiéter sur son terrain, il aura droit à la totalité des feuilles qui y tomberont naturellement; quant aux fruits de ces branches, les deux propriétaires se les partageront à parts égales (art. 54 CR). Il s'agit d'un droit fort ancien qui portait le nom de droit de ramelage. Même si le Code civil n'en fait pas mention, Secrétan [57] estime qu'il aurait subsisté en 1821 et le Code rural, à son art. 54, n'aurait ainsi qu'entériné un usage reconnu. A ce propos, les Loix et Statuts [58] faisaient des différences selon la nature des fonds en présence; le voisin avait droit à la moitié des fruits si sa parcelle était une vigne, un jardin, une chenevière ou une place adjacente à une maison, et le tiers s'il s'agissait d'un pré ou d'un champ. L'art. 54 CR n'a pas repris cette distinction. Aujourd'hui, le voisin peut s'approprier la totalité des fruits (art. 31 CR de 1911). On a passé ainsi d'une mesure assez favorable au propriétaire de l'arbre à une règle toujours plus rigoureuse [59].

Le voisin peut choisir la solution la plus dure et exiger que les branches dépassant la limite soient enlevées, mais il ne pourra pas faire usage de son droit à n'importe quel moment et ne pourra pas les couper lui-même. Il y a en effet des époques fixes et un mode particulier pour faire l'ébranchement sans nuire à la santé de l'arbre. Ce qui fut jugé chez nous par le Tribunal du district de Vevey [60]: « Le législateur n'a pas entendu que cette circonstance puisse être exercée à chaque minute de l'année par voie de citation en conciliation au fur et à mesure qu'une racine trace dans le sol ou qu'une branche jette ses feuilles en l'air ».

[56] Cf. art. 29 CR de 1911 *idem*.

[57] Secrétan p. 174 note ad art. 459.

[58] Loix et Statuts II, 29, 10, folio 349. *Idem* Coutumier de Grandson: loi 205.

[59] En France, les fruits appartiennent au propriétaire de l'arbre: Toullier: p. 378; Pardessus p. 297. Mais l'art. 673 CCF nouveau (lois du 20 août 1881 et du 12 février 1921) excepte les fruits qui sont tombés naturellement.

[60] JT 1890 p. 776 ss.

Rappelons pour conclure que des lois particulières peuvent aussi contenir des distances à respecter pour des plantations, le long des routes en particulier; faisant partie du droit public, elles sortent du cadre de notre sujet [61].

Le Code rural de 1911 consacre un chapitre aux plantations, le système adopté, on l'a déjà souligné [62], est plus rationnel. Les articles moins nombreux, mieux formulés, sont plus clairs que dans l'ancien Code rural, les distances sont sensiblement les mêmes. Signalons en particulier l'art. 28 alinéa 2, selon lequel aucune prescription n'est possible si les distances n'ont pas été respectées; on pourra donc exiger l'écimage en tout temps. C'est là une différence importante avec le droit antérieur (art. 459 CCV) qui instituait une prescription décennale. Si mon arbre a été planté après 1911, je devrai l'élaguer quel que soit son âge; s'il est plus vieux, il pourra subsister et se développer sans contrainte, dans les limites du droit en vigueur au siècle passé et à condition que la prescription décennale ait pu s'achever avant le 31 décembre 1911. Autrement dit, si l'arbre existe sur mon fonds depuis 1901 au moins, mon voisin ne pourra plus m'obliger à l'écimer, à condition toutefois que ses branches ne dépassent pas la limite (art. 459, 2 CCV [63]).

Paragraphe 3. Article 461 CCV

Après avoir examiné assez longuement les règles à suivre pour les plantations d'arbres, il nous faut passer aux dispositions concernant les haies et les fossés. Inconnu du Code Napoléon, l'art. 461 CCV dispose:

« Le propriétaire d'un fonds ne peut le clore par un fossé ou par une haie vive à une distance moindre d'un pied et demi de la ligne séparative

[61] Par exemple ROLV 8 p. 190, loi sur les chemins du 24 juillet 1811 art. 90 ss; ROLV 48 p. 239, loi sur la police des routes du 20 janvier 1851 art. 11 ss; ROLV 72 p. 399, loi du 1er septembre 1875 modifiant quelques dispositions de la loi du 20 janvier 1851 sur la police des routes.

[62] Cf. *supra* p. 97-98.

[63] Par exemple, un arbre de haute tige planté en 1870 à une distance inférieure à 20 pieds (6 m), mais supérieure à 10 pieds (3 m), (planté à une distance inférieure à 10 pieds, l'arbre n'aurait pu se développer normalement en raison des art. 49 et 52, 1 CR de 1848, ce dernier prévoyant qu'aucune prescription en ce qui concerne la hauteur ne peut être invoquée en faveur des arbres plantés à une distance moindre de 10 pieds dès la ligne séparative).

des deux fonds. La distance doit être de trois pieds, si le fonds attenant est un jardin ou une vigne » [64].

En réalité, plusieurs coutumes françaises connaissaient une telle règle. D'après Marcadé [65] « le code a maintenu ces usages locaux »; en revanche, « dans les lieux où il n'existe pas d'usage local obligeant le propriétaire qui veut se clore par un fossé, à laisser au-delà et en dehors un certain espace ou franc-bord, le propriétaire a le droit de creuser un fossé à la limite extrême de la propriété voisine ». Chez nous, le coutumier de Payerne prévoyait une prescription semblable pour les haies [66]: « Celui qui voudra fermer à part un champ ou autre possession, devra planter à un pied de roi des bornes, afin de laisser librement passer la charrue de son voisin, sous peine de bamp et de réparation ». Cette loi paraît être à l'origine de l'art. 461 CCV. Le premier projet de Code civil ne concernait également que les haies et ce n'est qu'en 1819 que l'on a étendu cette règle aux fossés pour la raison qu'en creusant sur la ligne séparative, on expose le fonds voisin à des éboulements et même quelquefois à la chute du mur de soutènement [67]. Secrétan [68] remarque qu'il ne faut pas prendre pour un fossé, ce qu'on appelle une « raye », celle-ci pouvant être aménagée à la limite, soit pour l'écoulement des eaux, soit pour marquer la ligne de démarcation. Cette opinion ne correspond pas au texte légal qui ne fait pas de distinction entre les fossés. En outre, Secrétan ne nous donne pas les critères permettant de faire cette différence. Néanmoins, nous pensons comme lui que de petites rigoles ou « rayes » de très faible profondeur peuvent, sans objection, être creusées le long de la ligne séparative.

Si l'on ne respecte pas la distance prévue, le voisin peut exiger que la haie soit arrachée, à moins que le propriétaire ne prouve qu'elle est plantée depuis dix ans. Si les racines et les branches avancent sur la propriété adjacente, le voisin a le droit de les couper lui-même (art. 39 CR) [69]. L'art. 461 CCV ne touche que les haies vives et non les haies sèches, les clôtures en planches, en palissades ou en treillis qui peuvent être établies sur la limite des propriétés. Ces clôtures sont soumises au même régime

[64] Cf. *supra* p. 90-92.

[65] Marcadé p. 597 note 2; cf. également Demolombe p. 512 ss.

[66] Loix et Statuts de Payerne II, 5, 5.

[67] ACV K VII a 3, 27: rapport du Conseil d'Etat du 5 juin 1819.

[68] Secrétan p. 175 note ad art. 461.

[69] A la différence de l'art. 459 CCV où les branches doivent être coupées par le propriétaire de l'arbre, contrairement aux racines.

que les murs (art. 41 CR). En outre, il est institué un régime spécial pour les jardins et les vignes, la distance à respecter est doublée (art. 461, 2 CCV) et la hauteur maximale dans ce cas-là est de 5 pieds (art. 42 CR) [70]. La haie vive séparant tout autre fonds ne peut dépasser 8 pieds [71], le propriétaire qui voudrait lui donner une élévation plus grande devra l'éloigner d'une distance égale à la moitié de la hauteur qui dépasse huit pieds (art. 35 et 43 CR). On peut comparer l'art. 49 CR sur les plantations et l'art. 43 CR sur les haies pour voir les différences qui les séparent. Prenons un exemple pratique: je veux planter une haie vive à 5 pieds et demi (1 m 65) de la limite, jusqu'à quelle hauteur pourrais-je l'élever? A un pied et demi, ma haie pourra atteindre huit pieds de haut, quatre pieds plus loin, elle pourra avoir huit pieds supplémentaires, soit 16 pieds ou 4 m 80. Si c'est un pommier que je veux faire pousser, la hauteur limite à un pied et demi de la ligne séparative sera de six pieds (1 m 80), à cinq pieds et demi de distance elle sera de dix pieds ou trois mètres [72]. Le Code rural est donc beaucoup plus sévère pour les plantations d'arbres isolés à cause de l'extension considérable qu'ils prennent ordinairement que pour les haies dont le but principal est de clore les fonds.

L'art. 44 CR fournit de précieuses indications sur la manière de calculer les distances. La distance du fossé se mesure depuis le bord supérieur le

[70] Bulletin des séances du Grand Conseil, session ordinaire d'automne 1848. Séance du 21 novembre 1848 p. 31-32: « Quant aux observations qu'il a présentées, tendant à ce qu'il ne soit pas fait de distinction entre les prés, les champs et les vignes, elle a quelque chose de juste; mais voici ce qui a décidé la commission à faire cette différence: d'abord les haies nuisent aux vignes davantage qu'aux prés et aux champs. Les vignes sont plantées à demeure, tandis que les autres genres de culture peuvent subir des variations même très promptes... On aurait pu établir plusieurs distinctions, suivant les genres de culture; mais la commission n'a pas cru qu'on dût entrer dans de si grands détails; elle s'est bornée à proposer une différence pour les vignes ».

[71] Bulletin des séances du Grand Conseil, session ordinaire d'automne 1848. Séance du 21 novembre 1848 p. 33: il était prévu initialement une hauteur de 9 pieds (cf. art. 18, 1 CR de 1911: 2 mètres, on est encore plus exigeant). P. 28, 31 et 32: les haies vives avaient deux fonctions en général: elles étaient d'abord plantées pour servir de clôture, mais aussi pour produire du bois de chauffage (affouage); cf. p. 31: « Quand le bois qui croît dans la haie est à la hauteur de cinq à six pieds, on le coupe et il croît de nouveau. Si on ne permettait pas d'élever les haies à quelques pieds de hauteur, il en résulterait une perte pour l'agriculture ».

[72] Si le fonds voisin est une vigne, le calcul sera différent. Haie: à 3 pieds de dist.: 5 pieds de haut; à 5 ½ pieds: 10 pieds de haut. Arbre: à 3 pieds de dist.: 6 pieds de haut; à 5 ½ pieds: 8 ½ pieds de haut (art. 42, 43 et 49 CR).

plus rapproché du fonds contigu. Il doit former du côté du voisin un talus dont la base est égale à la hauteur, à moins qu'il n'y ait des ouvrages de soutènement suffisants pour empêcher l'éboulement des terres [73]. Cette règle est toujours valable: art. 16, 2 et 3 CR de 1911. Quant aux haies, ce sont les troncs qui doivent se trouver à la distance requise, car les branches pourront s'étendre jusqu'à la limite des fonds [74]. En l'absence de toute prescription en la matière, le principe est encore valable pour appliquer la LVCC et le Code rural de 1911. Ces lois ayant repris d'anciennes dispositions en les modifiant légèrement, on peut, à juste titre, s'inspirer du vieux droit pour interpréter les prescriptions actuelles dont il est l'origine.

Signalons ensuite l'art. 56 CR ancien qui prévoit que les arbres se trouvant sur la ligne séparative de deux fonds doivent être abattus, si l'un des deux propriétaires le requiert; au cas où les parties ne s'entendraient pas sur le partage du bois de l'arbre à abattre, la difficulté serait réglée par une commission d'experts. En revanche, si ces arbres ont été marqués pour servir de bornes entre deux fonds, ils ne peuvent être abattus sans le consentement des intéressés aussi longtemps qu'ils n'ont pas été remplacés par d'autres limites (art. 57 CR). La façon dont toutes ces questions sont traitées dans le Code rural actuel n'est guère différente. Les art. 16, 18, 19, 30 et 32 CR de 1911 n'apportent aucun changement à ce que nous venons de dire [75]. L'art. 20 CR est nouveau, il prévoit une hauteur de 1 m 60 pour tous les modes de clôture dangereux pour l'homme et le bétail, alors que l'art. 22 exige la forme authentique et l'inscription au Registre Foncier pour pouvoir déroger conventionnellement à ces prescriptions

[73] Bulletin des séances du Grand Conseil, session ordinaire d'automne 1848. Séance du 21 novembre 1848 p. 35: M. Correvon: « La base qu'on doit donner au talus dépend de la nature du terrain. En général pour qu'un talus puisse se soutenir, il doit former un angle de 45 degrés avec la ligne horizontale; pour cela il faut que la base soit égale à la hauteur ».

[74] Secrétan p. 175 note ad art. 461. Cf. Bernel p. 88-89 et Planiol-Ripert-Picard p. 888 nº 909: il faut partir du cœur de l'arbre. Avis contraire: Demolombe p. 542: pour cet auteur il est plus sûr de calculer à partir de la surface de l'arbre et non du centre... Peu convaincant, car la surface se modifie au cours des années; le centre, lui, ne change pas de place.

[75] Sauf dans les distances à respecter: art. 16, 1 CR: un mètre à la place de trois pieds, soit 90 cm (art. 461 CCV); art. 18, 1 CR: deux mètres au lieu de 8 pieds, soit 2 m 40.

(art. 680, 2 CCS). Comme au siècle passé, les municipalités sont chargées de la surveillance des clôtures [76]. Enfin, signalons la règle nouvelle de l'art. 168 bis LVCC permettant aux municipalités d'ordonner l'enlèvement temporaire des clôtures pour faciliter l'exercice du ski sur des pistes d'intérêt régional.

Paragraphe 4. De la propriété des arbres plantés dans le fonds d'autrui

L'art. 353 du Code civil vaudois permettait la constitution de droits de propriété sur des plantes ou des forêts poussant sur des fonds appartenant à autrui : « Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, *si le contraire n'est prouvé...* » Cette faculté a-t-elle été utilisée dans notre canton au siècle passé et comment ? Il n'est pas facile de répondre à une telle question, car les actes de la pratique sont trompeurs et demandent à être analysés avec soin. En voici deux exemples :

« Partage » du notaire Jean-Pierre Mermoud de Poliez-le-Grand du 2 mars 1840 [77] : « ... 2) ... Le châtaignier existant à l'angle occidental et boréal du pré du Grand Gottraux, advenu à Pierre-David Jaunin est réservé pour être la propriété de Jean-Pierre Jaunin, son frère, qui en jouira comme il lui conviendra ».

On trouve aussi des arbres en copropriété. « Partage » du 31 mars 1824 par Louis Ropraz de Poliez-le-Grand [78] : « Etant réservé que le poirier « Coliar » qui existe sur la portion de Jacques reste indivis et devra être coupé lorsque l'une des parties le requerra ».

Il est difficile de qualifier de tels droits portant sur des arbres isolés. S'agit-il de propriétés immobilières, de servitudes ou de droits d'usage personnels portant sur les fruits de l'arbre ? Pour que l'on puisse parler de propriété immobilière, il faudrait que les arbres en question soient immatriculés au cadastre indépendamment du fonds sur lequel ils se

[76] Art. 30 CR de 1848 = art. 23 CR de 1911.

[77] ACV notaire Jean-Pierre Mermoud, Poliez-le-Grand, district d'Echallens, registre 1 p. 178.

[78] ACV De 56 registre 3 p. 175.

trouvent. Or, il n'en existe nulle part dans le canton ni dans les plans, ni dans les cadastres, sauf les exceptions examinées plus bas concernant les forêts. L'expression « propriété immobilière » est donc abusive et il ne faut pas se fier à la terminologie usitée dans les actes notariés. De même, on ne trouve aucune trace de droits portant sur des arbres isolés dans les registres des servitudes, du moins à notre connaissance. Il ne s'agit donc pas non plus de droits de superficie inscrits comme servitudes. Finalement, il s'agirait plutôt, à notre avis, de simples droits d'usage personnels à caractère purement obligatoire, résultant de rapports de bon voisinage.

Les seuls exemples de droits de superficie que nous ayons rencontré concernaient des forêts entières ou des parties de forêts et non des arbres isolés. Dans ces cas-là, la propriété du sol était distincte de la propriété des arbres. Ces droits dont l'origine remonte fort loin portaient le nom de « droits de coupe » ou de « joux à croître » [79]. Ils étaient suffisamment importants pour être considérés comme des immeubles à part entière et étaient donc immatriculés au Registre Foncier indépendamment du fonds. Toutefois, des lois forestières permettaient le rachat de tels droits, dans le but de les faire disparaître et de n'avoir plus qu'un propriétaire unique [80]. Néanmoins, au début du XX^e siècle, ces droits n'avaient pas tous disparus.

Contrairement au droit vaudois, le Code civil suisse interdit de constituer un droit de superficie sur des plantes ou des forêts (art. 678, 2 CCS). Ce droit fut prohibé, car il était incompatible avec les principes régissant le Registre Foncier. Cette mesure ne signifie toutefois pas une abolition complète des anciens droits de superficie, mais l'interdiction d'en créer de nouveaux. Ainsi les droits de superficie sur les forêts que nous venons de signaler se sont maintenus après 1912 dans les termes de la législation cantonale (art. 20 TF CCS) et gardèrent au Registre Foncier cantonal

[79] On en trouve des exemples dans les districts d'Aigle et du Pays d'Enhaut. D'autre part, il existe, à la Vallée de Joux par exemple, des droits un peu différents, la propriété étant divisée comme suit: un propriétaire pour le crû du bois et le sol, l'autre pour le parcours. Contrairement aux « droits de coupe », ces droits étaient immatriculés sur le même article.

[80] ROLV 7 p. 167 ss: loi sur les forêts du 9 juin 1810 art. 106 ss. ROLV 32 p. 46 ss et 109 ss: loi sur l'administration des forêts du 12 juin 1835 art. 191 ss. ROLV 70 p. 90 ss: loi sur les forêts du 31 janvier 1873 art. 170 ss. ROLV 101 p. 210-211: loi forestière du 23 nov. 1904 art. 45 ss. Cf. art. 206 ter LVCC.

leurs anciennes inscriptions [81]. Cependant, dès l'introduction du feuillet fédéral, les droits qui n'avaient pas encore disparu [82] furent simplement mentionnés conformément à l'art. 45 TF CCS.

[81] L'art. 206 LVCC initial (nouvelles dispositions par une loi du 19 mai 1965 introduisant les art. 206, 206 bis et 206 ter) renvoyait à la loi sur le registre foncier du 24 août 1911 (ROLV 108 p. 332), dont l'art. 166 renvoyait à l'art. 32, 3 de la loi du 11 mai 1897 sur l'inscription des droits réels immobiliers (ROLV 94 p. 202).

[82] Ces droits auraient pu disparaître de plusieurs façons: a) rachat, b) inscription au RF comme droit de propriété sur le sol, pour l'un des ayants droit, et comme servitude personnelle transmissible au sens de l'art. 781 CCS, pour l'autre ayant droit (art. 114 ORF du 22 février 1910).

Chapitre VI

DES DISTANCES A RESPECTER POUR CERTAINES CONSTRUCTIONS

Cette matière traitée en une seule disposition par le CCF a nécessité quatre articles dans le Code vaudois. L'art. 462 CCV contient ce qui est traité à l'alinéa 1 de l'art. 674 CCF [1]: « Nul ne peut faire creuser un puits, une citerne ou une fosse d'aisance près d'un mur mitoyen ou non, qu'à la distance de six pieds, à moins qu'il ne fasse du côté de son fonds un mur ou contre-mur suffisant pour empêcher que ces ouvrages ne nuisent au voisin ».

Notre article ajoute aux puits et aux fosses d'aisances de l'art. 674 CCF, les citernes. Mais on ne peut en déduire une différence réelle avec le droit français, pour la raison que cette prescription fut interprétée assez largement en France. Il fut affirmé dans la jurisprudence que « l'énumération de l'art. 674 n'est pas limitative, et qu'il appartient aux tribunaux même s'agissant d'entreprises autres que celles qui y sont comprises, d'apprécier si elles sont susceptibles de causer un préjudice au voisin » [2]. Cette extension était aussi désirable en droit vaudois et l'absence de toute disposition complémentaire se faisait sentir d'une manière fâcheuse [3]. C'est la raison

[1] Art. 674 CCF: « Celui qui fait creuser un puits ou une fosse d'aisances près d'un mur, mitoyen ou non; celui qui veut y construire cheminée ou âtre, forge, four ou fourneau; y adosser une étable; ou établir contre ce mur un magasin de sel ou amas de matières corrosives, est obligé à laisser la distance prescrite par les règlements et usages particuliers sur ces objets, ou à faire les ouvrages prescrits par les mêmes règlements et usages, pour éviter de nuire au voisin ».

[2] Dalloz, recueil périodique et critique mensuel 72.1.257: arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 10 juillet 1872. Cf. Pardessus p. 300.

[3] Guisan p. 567.

pour laquelle le Code rural consacre un petit chapitre à ce sujet. L'art. 59 CR rend applicable les dispositions de l'art. 462 CCV aux étangs, canaux, et à toute autre excavation faite près d'un mur mitoyen ou non. L'art. 60 CR précise en disant que celui qui veut procéder à ce genre de travaux ou « faire un enlèvement de terre tendant à déchausser le fonds voisin est tenu d'observer les dispositions des art. 38 et 44 CR relatives aux fossés de clôture » [4]. Dans tous les cas, si le fonds contigu subit quelque dommage, lors même que la distance prescrite aurait été observée, celui qui a procédé aux travaux est tenu d'augmenter la distance ou de faire des ouvrages suffisants pour réparer les dégâts et garantir le voisin; le tout en se conformant à la décision d'une commission d'experts (art. 61 CR).

Néanmoins la jurisprudence a posé des limites à l'interprétation extensive de ces prescriptions; ainsi, selon le Tribunal Cantonal [5], « on ne peut envisager comme fosse d'aisances une conduite d'écoulement qui se déverse dans une coulisse emportant les immondices; un coupe-vent et ses accessoires ne peuvent être davantage assimilés à une fosse d'aisances ».

L'art. 463 CCV correspond à l'alinéa 2 de l'article français, l'art. 464 aux alinéas 3 et 4:

Art. 463 CCV: « Nul ne peut construire une forge ou un four contre un mur mitoyen ou non, qu'à la distance de trois pieds [6], à moins qu'il ne fasse du côté de son fonds un mur ou contre-mur suffisant pour empêcher que ces ouvrages ne nuisent au voisin. Dans tous les cas, l'inspection de la police est réservée ».

Art. 464 CCV: « Nul ne peut construire une étable, ou établir un magasin de sel ou amas de matières corrosives contre un mur mitoyen ou non, à moins qu'il ne fasse du côté de son fonds un mur ou contre-mur suffisant pour éviter de nuire au voisin ».

L'art. 465 CCV, en revanche, innove par rapport à l'art. 674 CCF:

« Nul ne peut adosser une cheminée ou âtre contre un mur appartenant en entier à son voisin ».

Cette dernière disposition s'écarte du Code français qui mettait à la même enseigne tant les fours, les forges et les fourneaux que les cheminées

[4] Ces deux articles concernent les distances à respecter par rapport à la ligne séparative.

[5] JT 1879 p. 662 ss.

[6] Cf. *supra* p. 90-92.

ou les âtres. Le Code vaudois introduit une nouvelle distinction. Les fours et les forges ne pourront être établis qu'à la distance de 3 pieds du mur mitoyen ou non, à moins de faire un contre-mur protégeant le voisin suffisamment. Les cheminées pourront être adossées contre les murs mitoyens sans qu'il soit besoin de recourir aux mêmes précautions [7]. En revanche, si le mur n'est pas mitoyen, de tels ouvrages seront impossibles mais il n'est pas dit à quelle distance on devra les éloigner. Il semble pourtant que l'on ne puisse être plus restrictif que pour les fours et les forges, et qu'il suffise de suivre les prescriptions de l'art. 463 CCV. En effet, la distinction légale a pour base l'idée qu'un four ou une forge dégagent beaucoup plus de chaleur et sont pas conséquent plus nocifs qu'une cheminée ou n'importe quel âtre.

A notre avis, il n'est pas nécessaire pour construire un contre-mur d'obtenir l'autorisation du copropriétaire comme le prévoit l'art. 450 CCV [8]. Il est déjà protégé par les art. 462 à 464 CCV. Néanmoins, si le voisin subit un dommage quelconque, il est fondé à exiger une protection supplémentaire et un dédommagement [9].

Les art. 462 à 465 du Code civil vaudois ne sont pas impératifs. Ils rentrent dans le cadre du droit privé, les particuliers peuvent donc y déroger. Selon le Tribunal Cantonal [10], on peut acquérir par prescription le droit d'avoir un établissement à une distance plus rapprochée que celle fixée par la loi. On peut ainsi se procurer des servitudes permettant d'outrepasser les dispositions des art. 462 ss CCV. Néanmoins, concernant une

[7] L'art. 450 CCV étant toutefois réservé à notre avis. En effet le but de l'art. 450 est de protéger le copropriétaire ; bien que celui-ci le soit déjà par les prescriptions des art. 462 à 464 CCV (distance ou contre-mur), en ce qui concerne l'adossement d'une cheminée ou d'un âtre, il nous semble équitable, vu l'importance que peuvent prendre de tels ouvrages et vu l'absence de protection accordée par l'art. 465 CCV, de protéger le voisin par l'art. 450. En revanche, si le mur n'est pas touché, l'art. 450 CCV n'est plus applicable. L'avantage concédé par l'art. 465 CCV est donc de permettre au voisin copropriétaire de placer son âtre à moins de trois pieds du mur à condition de ne pas y porter atteinte. Cf. JT 1865 p. 415 : l'adossement de cheminées contre un mur mitoyen rentre dans les cas visés par l'art. 450 CCV.

[8] Exception faite de l'adossement d'une cheminée contre un mur mitoyen. Cf. note 7 ci-dessus.

[9] *Idem* en France : MARCADÉ p. 609-610.

[10] Arrêt du 20 janvier 1853 : répertoire des arrêts rendus par le Tribunal Cantonal de 1846 à 1868 d'après les recueils du juge cantonal Bippert, publié par l'avocat J. Mandrot. — Lausanne 1869 — p. 203.

servitude de lieux d'aisances, le Tribunal Cantonal [11] déclara qu'elle ne pouvait s'acquérir par prescription ; « elle ne saurait être envisagée comme continue, elle ne saurait davantage être considérée comme apparente, à moins d'ouvrages extérieurs la constatant ».

A propos de l'art. 463 CCV, on peut se demander s'il ne s'agit pas d'une règle de droit public, vu qu'il réserve l'inspection de la police. Nous venons de montrer que les art. 462, 464 et 465 sont des règles de droit privé et rien ne nous indique qu'il en aille différemment pour l'art. 463 CCV. D'autre part, le Tribunal Cantonal a tranché définitivement la question en affirmant que l'on pouvait déroger à l'art. 463 CCV [12]. Mais alors quel est le sens de cette réserve? Peut-être concerne-t-elle l'application des prescriptions contre les incendies édictées dans l'intérêt du public [13]? La liberté laissée aux propriétaires de régler leurs problèmes de voisinage est limitée par les règles de droit public impératives visant à protéger l'ensemble de la communauté. Si une forge ou un four, en dépit de l'observation de l'art. 463 CCV, créent un danger d'incendie réel, la police pourra intervenir et exiger une meilleure prévention.

L'art. 159 LVCC réunit l'ensemble des dispositions autrefois contenues dans les art. 462 à 464 CCV et 58, 59 du Code rural de 1848. Les art. 160 et 161 LVCC reprennent les art. 60 et 61 CR, alors que la règle de l'art. 465 CCV subsiste à l'art. 163 LVCC. Il n'y a donc pas de différences notables par rapport au droit antérieur.

[11] JT 1880 p. 865.

[12] Arrêt du 20 janvier 1853 cité sous note 10 p. 115.

[13] Par exemple : loi sur la police des constructions du 22 mai 1875, art. 23 ss ROLV 72 p. 319 ss. En revanche, nous n'avons pas trouvé de lois antérieures à 1821. D'ailleurs l'allusion à une inspection de la police existe déjà dans le projet de Henri Carrard de 1805 (ACV K VII a 3, 30).

Chapitre VII

DES JOURS ET DES VUES

Paragraphe 1. Généralités

Aussi bien en France que chez nous, il faut différencier les jours des vues, mais les définitions ne sont pas les mêmes dans les deux pays. Le Code Napoléon appelle « jours, les fenêtres qui n'ouvrent pas et qui procurent la lumière sans donner passage à l'air » [1]. Ces ouvertures pourraient donner la possibilité de regarder sur le voisin, s'il n'y avait pas les cautèles des art. 676 et 677 CCF [2]. Il appelle « vues » les fenêtres qui donnent passage à l'air comme à la lumière [3]. Alors que dans notre pays, tout l'accent est mis sur l'interdiction de regarder dans le fonds voisin, en France, c'est l'aération qui est le critère de différenciation. Les art. 676 et 677 CCF posent toutefois de telles conditions que les jours ne permettent pas de jeter les regards sur le fonds d'autrui. Dans le canton de Vaud, la jurisprudence a eu, à plusieurs reprises, l'occasion de définir jours et vues avec clarté : « Le Code civil n'a pas entendu empêcher les propriétaires de pratiquer toute ouverture quelconque dans leurs immeubles ; il y a lieu de distinguer entre les ouvertures destinées à laisser pénétrer dans les maisons

[1] Marcadé p. 610.

[2] Cf. plus loin p. 119.

[3] La doctrine ne semble pas unanime à ce sujet, ainsi pour Rogron, note ad art. 677 CCF, « on a des jours quand la lumière pénètre à travers la fenêtre, mais qu'on n'a pas le droit de regarder dans le fonds voisin. On a des vues lorsqu'on peut, non seulement, recevoir la lumière, mais encore regarder chez le voisin ». Cf. Pardessus p. 307 ; Baudry-Lacantinerie p. 768 ; Demante p. 586.

de l'air et de la lumière seulement, et les vues qui ont pour but de laisser regarder au dehors... Les art. 467 ss CCV ne sont applicables qu'aux vues proprement dites » [4]. La question essentielle est donc de savoir si l'ouverture permet de regarder sur la propriété adjacente. Si l'on désire ouvrir des fenêtres sur le voisin, il faudra, pour éviter tous regards indiscrets, respecter certaines distances. En revanche, de simples jours, tels que lucarnes, œils-de-bœuf, peuvent être aménagés à la limite des fonds, avec la réserve qu'ils sont et restent de nature précaire, et ne peuvent concéder aucun droit à celui qui les a pratiqués [5].

Dans la pratique, le mot jour est le plus souvent utilisé, il désigne sans nuance, tant les vues que les jours à bien plaire. Il est donc indispensable d'examiner dans chaque cas, s'il s'agit bien d'un jour ou d'une vue au sens technique et ne pas se fier aux appellations données dans les actes notariés [6].

La loi vaudoise d'introduction au Code civil suisse (LVCC) donne des définitions très claires, qui ont conservé avec fidélité les principes en vigueur au siècle passé, ainsi que les solutions dégagées dans la jurisprudence.

Art. 152 LVCC: « Constitue une vue toute ouverture, quelles que soient sa forme et sa dimension, qui permet de regarder habituellement et commodément sur le fonds voisin ».

Art. 156 LVCC: « Les dispositions des articles 153 et 154 ci-dessus [7] ne s'appliquent pas aux ouvertures qualifiées de « jours », uniquement destinées à l'aération et à l'éclairage, et qui ne permettent pas la vue sur le fonds voisin. Des ouvertures pratiquées dans les combles, dans une écurie, dans une chambre à lessive, dans un escalier ou dans d'autres locaux non destinés à l'habitation, des ouvertures donnant sur le toit du voisin, et autres analogues, ne constituent pas davantage des vues sur le fonds voisin. Le propriétaire qui possède de telles ouvertures dans son mur n'acquiert, de ce fait, aucun droit sur le fonds voisin, encore que le mur ne soit pas à la distance légale, s'il n'est au bénéfice d'une servitude régulièrement constituée » [8].

[4] JT 1879 p. 662 ss. Cf. aussi JT 1870 p. 198-9; JT 1883 p. 539.

[5] SECRÉTAN p. 177 note 2 ad art. 470.

[6] JT 1879 p. 668: « Attendu que la distinction entre les jours soit ouvertures et les vues doit être faite par le juge dans chaque cas particulier »...

[7] Il s'agit de deux dispositions imposant des distances à observer pour les vues droites et obliques.

[8] En droit actuel, l'acquisition d'une servitude par écoulement du temps n'est plus possible.

Paragraphe 2. Article 466 CCV

Art. 466 CCV : « L'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans le mur mitoyen aucune fenêtre ou ouverture, en quelque manière que ce soit ».

Le texte vaudois ne contient pas les mots « même à verre dormant » qui concluaient l'art. 675 CCF et qui furent supprimés par le Petit Conseil en 1819. On appelle ainsi le verre incrusté dans un châssis qui ne peut s'ouvrir [9]. Ces mots étaient destinés à préciser la portée de l'art. 675 CCF en corrélation avec l'art. 676 CCF ; ce dernier n'ayant pas été repris dans le Code vaudois, les mots « même à verre dormant » n'avaient plus de raison d'être. Par ailleurs, cet article 466 CCV ne suscite aucun commentaire, il est une conséquence logique de la mitoyenneté et concerne aussi bien les vues que les jours [10].

Paragraphe 3. Les articles 676 et 677 CCF

Le Code Napoléon consacre deux dispositions, qui furent écartées chez nous, à des ouvertures d'un genre particulier : les fenêtres à fer maillé et verre dormant :

Art. 676 CCF : « Le propriétaire d'un mur non mitoyen, joignant immédiatement l'héritage d'autrui, peut pratiquer dans ce mur des jours ou fenêtres à fer maillé et verre dormant. Ces fenêtres doivent être garnies d'un treillis de fer, dont les mailles auront un décimètre (environ trois pouces huit lignes) d'ouverture au plus, et d'un châssis à verre dormant ».

Art. 677 CCF : « Ces fenêtres ou jours ne peuvent être établis qu'à vingt-six décimètres (huit pieds) au-dessus du plancher ou sol de la chambre qu'on veut éclairer, si c'est au rez-de-chaussée ; et à dix-neuf décimètres (six pieds) au-dessus du plancher, pour les étages supérieurs ».

L'art. 677 CCF fut supprimé en 1808 déjà, l'art. 676 en 1819 seulement. Il est surprenant que l'on ait gardé si longtemps la première disposition

[9] ROGRON note ad art. 675.

[10] L'art. 466 CCV ne permet pas de recourir à des experts pour éluder le refus du copropriétaire comme le prévoit l'art. 450 CCV, pour la raison qu'il ne s'agit pas seulement d'adosser des ouvrages contre le mur mitoyen, mais de le percer entièrement, et d'attaquer ainsi le côté qui appartient au voisin (cf. ROGRON note ad art. 675 CCF).

dans le projet du Code civil, alors que l'on avait écarté dès le début la seconde qui en est un complément indispensable. L'une n'allait pas sans l'autre, c'est ce qu'on finit par remarquer : « l'art. 507 (du projet de 1818 = art. 676 CCF) a principalement attiré notre attention. C'est une dérogation complète à notre droit actuel. Avons-nous assez réfléchi à ce que c'est d'entreprendre de réformer entièrement sur un point aussi chatouilleux la jurisprudence de notre pays? On peut compter que, dès la promulgation de ce code, mille fenêtres seront ouvertes sur la possession du voisin, et que dès le mois suivant, les trois-quarts seront barricadées par des constructions. Ce n'est pas seulement le jour que la loi permet de prendre sur le voisin. On comprend quel mince obstacle à la vue peut être un verre et un treillis dont les mailles auront 3 pouces 8 lignes d'ouvertures. Nous avons tous les inconvénients du système français, nous sommes privés de toutes les restrictions qui le rendaient supportables » [11]. Ainsi le Code vaudois ne connaît pas de prescriptions particulières relatives à l'établissement de jours à fer maillé et à verre dormant, qui en France peuvent être pratiqués sans observer la distance légale [12]. Des ouvertures de cette espèce doivent être assimilées aux vues pour autant qu'elles permettent de regarder sur le fonds voisin, alors même qu'elles ne laisseraient pas passer l'air.

Paragraphe 4. Les articles 467, 468 et 469 CCV

Art. 467 CCV : « On ne peut établir (avoir — art. 678 CCF) des vues droites ou fenêtres [13], ni balcons ou autres semblables saillies sur le fonds clos ou non clos [14] de

---

[11] ACV K VII a 3, 20, observations de la 2e commission de jurisconsultes présentés au Conseil d'Etat le 15 janvier 1819, p. 37.

[12] SECRÉTAN p. 177 note 2 ad art. 470.

[13] Art. 678 CCF : « fenêtres d'aspect ». Selon Secrétan (p. 176 note ad art. 469), la suppression du mot « d'aspect » est maladroite car « le mot fenêtre n'a pas ici un sens complet devant être opposé aux vues par côté ».

[14] JT 1899 II p. 38 : « par ces termes « clos ou non clos », l'art. 467 désigne clairement les fonds non bâtis, fermés ou non par une clôture (haie, palissade ou mur) destinée à empêcher les hommes et les animaux de passer sur la propriété close, mais nullement les fonds occupés entièrement par une construction fixe. Par conséquent, si le voisin a érigé un mur plein à la limite de son fonds, il est licite d'ouvrir toutes les fenêtres qu'il me plaira d'ouvrir, au risque de devoir les reboucher si mon voisin démolit son mur ». Cette solution nous paraît équitable et conforme au texte légal. Jurisprudence contraire : JT 1864 p. 368.

son voisin, s'il n'y a neuf pieds de distance [15] entre le mur où on les pratique et le dit fonds (art. 678 CCF: 6 pieds = 19 dm)».

Art. 468 CCV: «On ne peut établir des vues par côté ou obliques sur le même fonds (héritage — art. 679 CCF), s'il n'y a trois pieds de distance [15] (art. 679 CCF: 2 pieds = 6 dm)».

Art. 469 CCV: «La distance dont il est parlé dans les deux articles précédents, se compte depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture se fait, et, s'il y a balcons ou autres semblables saillies, depuis leur ligne extérieure jusqu'à la ligne de séparation des deux propriétés» (= art. 680 CCF).

Il y a quelques différences de détail avec le Code Napoléon. Remarquons pourtant que les distances à respecter en France sont plus courtes que chez nous, où l'on est nettement plus sévère. Comme le dit Guisan [16], ce qui est interdit «c'est d'établir des vues, mais cela seulement. En inférer, comme le font plusieurs praticiens, qu'il est défendu de laisser dans un mur, situé à une moindre distance, aucune ouverture qui, sans permettre la vue, laisse pénétrer l'air et la lumière, c'est faire dire à la loi ce qu'elle ne dit en aucune façon; c'est aggraver considérablement et sans aucun motif valable, la restriction déjà si dure qu'elle apporte au droit de propriété; c'est enfin appliquer aux murailles non mitoyennes l'interdiction que l'art. 466 n'étend qu'au mur mitoyen seulement. Il est très indifférent à mon voisin que je reçoive de l'air ou de la lumière du côté de sa propriété; ce qui lui importe seulement c'est que l'on ne puisse pas, depuis l'intérieur de la maison voisine de sa propriété, avoir un œil caché toujours ouvert sur ce qui se passe chez lui... On a vu plus d'un propriétaire s'opposer avec succès à ce que son voisin place sur son toit des vitres en verre pour éclairer son galetas, sous prétexte que ces tuiles en verre n'étaient pas posées à 3 pieds de la limite des deux fonds; ou tel autre demander à son voisin la cancellation d'un trou par lequel ne pouvait pas même pénétrer la lumière, mais qui était destiné à ventiler une cheminée! (A notre avis, il s'agit là de décisions d'une sévérité excessive et contraires à la loi)... C'est essentiellement la crainte de tomber sous l'application de l'art. 470 CCV (restriction de bâtir) qui fait que l'on s'oppose aussi énergiquement à tout ce qui peut ressembler, de près ou de loin, à une vue sur son fonds à une distance moindre que celle voulue par les art. 467-8».

[15] Cf. *supra* p. 90-92.

[16] Guisan p. 575 ss.

Par ailleurs, il fut jugé que les abat-jour de cave horizontaux ne formant pas saillies au-dessus du niveau du sol, ne pouvaient en aucun cas constituer un droit de vue [17]. De même, une « lanterne » [18] destinée à éclairer une cour ou des escaliers, et dépourvue de moyens qui permettent de la transformer en vue sur le voisin, ne saurait être envisagée comme établissant un droit de « jour » interdit. D'autre part, ne constituent pas des vues sur le voisin et ne peuvent créer aucun droit contre lui, des fenêtres ouvertes en arrière d'un mur plein édifié à la limite par le voisin, à une distance moindre que la distance légale et donnant sur un toit qui ne permet pas à la vue de pénétrer dans l'intérieur de la maison; les dites fenêtres ayant été, au surplus, créées postérieurement à la construction du mur. Par conséquent, si ce mur venait à être démoli, les fenêtres devraient être fermées, même si elles existaient depuis trente ans [19]. Le Tribunal Cantonal déclara qu'un toit plat formant terrasse avec accès et qui n'était pas uniquement destiné à la couverture d'une construction, constituait un « jour » [20] sur le voisin et autorisait celui-ci à le faire canceler, s'il y avait lieu [21].

Une vue serait droite dans le cas « où une ligne perpendiculaire tirée depuis la tablette de la fenêtre rencontrerait le fonds voisin et alors pour que la vue soit licite, il faut que cette perpendiculaire ne rencontre le fonds voisin qu'à neuf pieds ou davantage .[22] » Peu importe, du reste, que la ligne formant la limite de ce fonds soit ou non parallèle à celle du mur dans lequel l'ouverture est pratiquée. Les vues obliques sont « les ouvertures dont l'axe, quelque prolongé qu'il fût, n'atteindrait pas le fonds voisin, et au moyen desquelles on ne peut se procurer de vue sur ce fonds qu'en se plaçant dans une direction différente de celle de cet axe, c'est-

[17] JT 1862 p. 478.

[18] JT 1864 p. 368, cf. plan p. 376. Lanterne: construction en verre, placée au-dessus d'un bâtiment et destinée à en éclairer l'intérieur.

[19] JT 1899 II p. 38 ss p. 46: « Le fonds Haltmayer n'a jamais pu commencer à prescrire une servitude de vue, puisqu'il n'a jamais joui d'une vue pénétrant sur le fonds de la défenderesse et que cette dernière n'a jamais souffert aucune restriction dans son droit d'être construit à la limite ».

[20] Le mot « vue » serait plus juste.

[21] JT 1866 p. 371 ss, surtout p. 378. Cf. aussi JT 1870 p. 198-199 et SECRÉTAN p. 177 note 1 ad art. 470.

[22] SECRÉTAN p. 176 note ad art. 469.

à-dire en se tournant à droite ou à gauche » [23]. La vue oblique « se mesurera par une ligne partant perpendiculairement de la ligne séparative des fonds pour s'arrêter en face de celui des deux jambages de la fenêtre qui est le plus rapproché du fonds voisin. [24] »

Que se passe-t-il s'il y a un chemin public entre les deux fonds? Secrétan [25] estime que la règle sur les distances n'est pas applicable quand ce chemin aurait même moins de 9 pieds de largeur, parce qu'il est permis d'ouvrir des jours sur une rue ou un chemin publics. Cette solution fut confirmée par la jurisprudence: « La distance prescrite pour l'établissement de vues droites et obliques sur l'héritage voisin n'est pas obligatoire entre propriétés séparées par un terrain affecté à l'usage et aux besoins d'une commune. Il importe peu que ce terrain ne présente pas les caractères d'une rue ou d'un passage, mais ne serve, par exemple, qu'à l'écoulement des eaux pluviales ou des immondices de la commune » [26]. L'art. 158 LVCC actuel consacre les mêmes principes [27].

Paragraphe 5. La servitude de non-bâtir de l'article 470 CCV

On vient de le voir, on ne peut établir des vues qu'à une certaine distance du fonds contigu. La servitude de vue est le droit de faire des ouvertures à une distance plus rapprochée que celle prévue par la loi. En outre, le droit vaudois institue une seconde servitude originale et méconnue dont il est question à l'art. 470 CCV: « Lorsque le droit de vues droites ou obliques est acquis par titre ou par prescription, le voisin ne peut bâtir plus près de dix-huit pieds du bâtiment opposé, si les vues sur son fonds sont droites, ni plus près de six pieds, si elles sont obliques ».

[23] AUBRY et RAU: « Cours de droit civil français », tome II, 6e édition, Paris 1935 p. 290-291. Cf. MARCADÉ p. 612: Il y a « vue oblique quand il n'y a qu'une simple ouverture qui oblige de porter les regards à droite ou à gauche pour voir chez le voisin ».

[24] MARCADÉ p. 613.

[25] SECRÉTAN p. 177-8 note 3 ad art. 470.

[26] JT 1862 p. 479; JT 1865 p. 791 ss; JT 1892 p. 705 ss.

[27] Autre question: quid du mur dont le voisin a acquis la mitoyenneté, ce qui a pour résultat de déplacer la ligne séparative? La vue existant avant cette acquisition subsistera même si elle ne se trouve plus à la distance légale. Selon BAUDRY-LACANTINERIE p. 773, les art. 692-694 CCF (art. 482 à 484 CCV) sur la destination du père de famille sont applicables.

La servitude de vue est toujours doublée d'une servitude de non-bâtir; par conséquent, la charge pesant sur le fonds grevé est très lourde, ce qui explique la méfiance à l'égard de toute ouverture pratiquée par le voisin et la sévérité des tribunaux. L'art. 470 CCV est typiquement vaudois et s'écarte radicalement des prescriptions françaises en la matière.

Il s'en est fallu de peu que cette disposition ne soit supprimée au cours des délibérations du Grand Conseil. La majorité de la commission ayant étudié ce problème demandait le retranchement de cet article pour le motif « qu'il n'y a pas d'équité à forcer le propriétaire contre le fonds duquel il a été acquis des droits de vue, à se retirer de 18 pieds sur son propre fonds lorsqu'il veut y bâtir. L'effet de la prescription doit être ici uniquement de laisser subsister... le bâtiment qui a été construit »[28]. Au contraire, la minorité pensait que l'article devait être conservé; c'est elle qui eut gain de cause lors de la votation finale. Trois arguments furent avancés. Le premier étant qu'il y aurait de gros inconvénients d'obstruer des vues établies depuis longtemps par un bâtiment construit près de la limite; ensuite que le propriétaire du fonds n'a pas à se plaindre, car la loi l'avertit que s'il laisse prescrire contre lui le droit de vue, il ne pourra plus bâtir qu'à la distance de 18 pieds, c'est donc à lui d'être vigilant; enfin, argument décisif, cette règle était parfaitement conforme à la coutume du pays. Les Loix et Statuts, le coutumier de Grandson, le Code d'Aigle renferment des dispositions très proches et sont incontestablement à l'origine de l'art. 470 CCV [29]. La distance à observer était de deux toises, soit environ 5 m 85; le Code civil est à peine moins sévère avec 18 pieds, soit 5 m 40 [30]. Quant au délai pour acquérir la servitude, il était, sous l'Ancien Régime, de dix ans; une fois écoulé, le voisin ne pouvait plus « obscurcir la clarté par aucun nouveau bâtiment plus proche que de deux toises [31] ». Toutefois, au cas où le voisin aurait eu un bâtiment à une distance inférieure, même s'il n'y avait eu que des vestiges, il aurait pu rebâtir au même lieu contre les fenêtres, à moins d'avoir laissé écouler le terme de trente ans (prescription du très long temps) [32]. Le Code civil n'a

[28] ACV K VII a 3, 6: rapport du 24 mai 1811, observ. ad art. 578.

[29] Loix et Statuts II, 12, 2 folio 287; Coutumier de Grandson loi 198; Code d'Aigle III, 3, 20 et 21.

[30] Cf. *supra* p. 90-92.

[31] Loix et Statuts II, 12, 2 folio 287.

[32] Boyve: « Remarques » p. 221.

conservé qu'un seul délai, le plus long, applicable pour l'acquisition de toutes les servitudes, en vertu de l'art. 480 CCV.

La distinction entre vues obliques et vues droites vient du droit français, alors que les coutumiers ne contenaient que la restriction de bâtir. Le système du Code civil est la résultante de ces deux conceptions. Il eût été contraire à nos usages de supprimer l'art. 470 CCV. Néanmoins, des critiques très légitimes furent exprimées sur cet article: « Cette disposition est, suivant nous, écrit Guisan [33], l'une des plus fâcheuses du Code. Non seulement elle est contraire à tous les principes sur lesquels repose la prescription (*tantum praescriptum, quantum possessum*), mais encore c'est elle qui a, pour ainsi dire, contraint les propriétaires à apporter, surtout dans les villes, une sévérité méticuleuse dans les rapports entre voisins. En effet, la moindre vue tolérée par négligence ou même inaperçue, peut causer un immense dommage à la propriété voisine qui se trouve, ainsi, soumise à une servitude désastreuse. C'est ainsi qu'il y a quelques années une personne avait acheté à Lausanne une maison dans l'intention de la reconstruire en profitant pour l'agrandir d'une dépendance de ce bâtiment. Au moment où l'on allait passer l'acte de vente, l'acheteur découvrit dans la maison voisine une petite fenêtre donnant sur cette dépendance; sa distance était de une ou deux lignes moindres que ne l'exigeait la loi, d'où il résultait l'impossibilité de bâtir sur cette place; le marché fut rompu ». Plus loin, l'auteur continue: « Mon voisin me prie de lui permettre d'ouvrir une petite fenêtre dans son bâtiment situé à trois pieds de mon pré; je lui accorde cette autorisation et il se trouve que par là j'ai contracté une servitude... On doit connaître la loi, me répondra-t-on: cela est vrai, mais cette connaissance est une pure fiction pour la grande majorité du public et c'est pour cela que la loi doit être l'impression du sens commun et de la volonté probable des parties, ce qui n'est certainement pas le cas ici. Il ne serait venu à personne l'idée qu'en concédant au voisin un jour pour éclairer un cabinet particulier, on lui a en même temps concédé une servitude de ne pas bâtir jusques à 18 pieds » [33].

Il convient donc d'être très vigilant. Si je place ma vue à 9 pieds de la ligne séparative, mon voisin pourra bâtir à la limite. En revanche, si c'est à 8 pieds, mon voisin sera contraint de reculer sa construction de 10 pieds à l'intérieur de son fonds. Aucune raison ne peut justifier pareil système. Il aurait été plus logique de faire déplacer la construction à 9 pieds de

[33] GUISAN p. 581-2.

l'ouverture, soit à 1 pied à l'intérieur du fonds voisin, et non d'imposer un recul à 18 pieds. En outre, il est inéquitable que pareille obligation frappe celui qui n'a pas fait d'ouverture. Cette solution peut paraître injuste, irrationnelle, néanmoins elle correspond au texte légal et nul doute qu'elle fut en vigueur au siècle passé [34].

Par ailleurs, on peut se demander s'il faut compter les 18 pieds à partir de la fenêtre ou à partir du bâtiment. « Il est certain, écrivait Guisan [35], que la loi dit du « bâtiment », mais c'est une aggravation de servitude si lourde et en même temps tellement sans utilité pour personne que l'on est généralement d'accord pour interpréter l'article dans ce sens, que l'on ne doit pas faire de constructions à une distance de la fenêtre moindre que celle fixée par l'art. 470 ». Sagement, la jurisprudence va dans le même sens : « Le législateur n'a pas entendu admettre le bâtiment en entier au bénéfice de cette distance, mais seulement la partie de ce bâtiment où existent les jours [36] ». D'autre part, quels sont les bâtiments du voisin prohibés par l'art. 470 CCV? Les tribunaux eurent l'occasion de trancher cette question à plusieurs reprises avec une sévérité qui nous paraît excessive. Ainsi, l'établissement d'une balustrade à claire-voie sur un balcon est considérée comme une bâtisse au sens de l'art. 470 CCV et, dès lors, interdite à moins de 18 pieds de vues droites aménagées par le propriétaire du fonds adjacent [37]. Dans un autre arrêt, le Tribunal Cantonal décida qu'une palissade pouvait, dans une certaine mesure, être tenue pour un empêchement au droit de vue et que l'on pouvait, dès lors, en prononcer l'abaissement dans un rayon déterminé jusqu'à la tablette de la fenêtre [38].

La crainte de l'art. 470 CCV dut provoquer de violentes oppositions à tout ce qui pouvait ressembler de près ou de loin à une vue sur son fonds à une distance moindre que celle prévue par la loi. Une pratique très courante consistait à admettre les ouvertures du voisin à titre précaire [39]. Celui-ci ne pouvait donc jamais acquérir de droit de vue et par là empêcher son vis-à-vis de construire jusqu'à la limite des fonds. Par ce procédé, les parties éludaient la restriction de l'art. 470 CCV et chacun conservait sa liberté :

[34] Cf. JT 1899 II p. 45-6; JT 1862 p. 478.
[35] Guisan p. 583.
[36] JT 1866 p. 601 ss spéc. p. 612.
[37] JT 1865 p. 402 ss spéc. p. 414-5.
[38] JT 1870 p. 609 ss spéc. p. 616. Cf. aussi JT 1859 p. 7.
[39] D'après nos recherches, environ 40 % des actes notariés concernant des vues.

« Concession » du 22 mai 1867 instrumentée par François Place, notaire à Saint-Cierges [40]:

« La comparante Louise-Marie Meystre concède par les présentes, en faveur de François-Louis fils de feu Pierre Abram Pahud... le droit d'établir au mur boréal de sa maison désignée au cadastre de la commune de Thierrens dans laquelle elle est située, sous l'article 100, plan folio 33 n° 17, lieu dit au Bourg-dessus, une fenêtre ayant les dimensions convenues entre parties pour éclairer l'écurie de la dite maison. Cette fenêtre sera construite à l'endroit le plus avantageux possible aux fins de sa destination, elle donnera sur la propriété de la comparante Meystre existant en face, à une distance moindre que celle fixée par la loi au sujet des vues droites et désignées au sus-dit cadastre sous art. 1236 plan folio 33 n° 22, jardins au Bourg-dessus de dix-huit toises, quatre-vingt-dix pieds. Cette concession est accordée à bien plaire par la comparante Louise-Marie Meystre en sorte que la fenêtre en faisant l'objet sera cancelée et murée par le contractant Pahud ou ses ayants droit, si la propriétaire Meystre venait ainsi que ses successeurs après elle à faire une construction quelconque sur leur propriété en face, étant ainsi entendu que le jour pourra subsister aussi longtemps qu'il ne sera pas fait de construction ou d'établissement pour bâtiment sur cette propriété, mais si cette cancellation était exigible et requise, elle aura lieu sans indemnité ni dédommagement... »

Certains [41] ont poussé les précautions jusqu'à faire constater la précarité de simples jours d'éclairage ou d'aération, ce qui était superflu. On trouve pourtant des actes où le concédant est plus généreux, permettant d'ouvrir des fenêtres sans préciser ni leur nombre, ni leurs dimensions. « Convention » du 27 juillet 1822 passée devant Eugène Dupuy notaire à Lausanne [42]:

« Le sieur Laune, propriétaire d'un immeuble d'environ deux ouvriers et demi [43] situé à Lausanne derrière l'Halle de St-Laurent, accorde à son voisin Tissot la faculté d'établir autant de jours soit vues droites ou obliques qu'il conviendra à ce dernier dans toute l'étendue du bâtiment qu'il se propose de construire sur la possession qui aboutit à celle du dit sieur Laune, lequel bâtiment aura huitante pieds de longueur... »

D'autres actes contiennent en revanche des directives très détaillées quant à la manière de pratiquer ces ouvertures. « Concession » du 17 octobre 1857 devant Auguste Magnenat, notaire à Orbe [44]:

[40] ACV notaire François Place, St-Cierges, district de Moudon, registre 5 p. 119.
[41] ACV Dg 103 registre 4 p. 86, registre 5 p. 101.
[42] ACV Dg 103 registre 2 p. 134.
[43] Un ouvrier = un fossorier = 50 toises = 450 m^2.
[44] ACV notaire Auguste Magnenat, Orbe, registre 8 p. 161.

« De leur côté, les frères Berthoud concèdent à Glayre le droit d'établir un jour de fenêtre de deux pieds et demi de haut sur deux pieds et demi de large, à l'angle du couchant de son bâtiment, donnant sur la place appartenant aux dits Berthoud, désignée au cadastre sous l'art. 239, plan folio 2 nº 4. — En cas de construction par les frères Berthoud sur la place sus-indiquée, ils ne seront pas tenus d'observer les distances par côté ou obliques ».

D'autre part, il faut respecter le principe selon lequel on ne prescrit que dans la mesure où l'on a possédé (*tantum praescriptum, quantum possessum*). Au cas où l'on aurait démoli son bâtiment dans l'idée d'en reconstruire un neuf, les vues prescrites ne pourront être conservées que si elles sont ouvertes aux mêmes dimensions et exactement aux mêmes endroits que les anciennes, à condition que la reconstruction se fasse dans le délai de trente ans (art. 496 CCV). On ne pourra donc en créer de nouvelles, ni en augmenter les proportions, ni changer leurs emplacements. Ce principe est d'ailleurs aussi valable pour les vues acquises par titre; par conséquent, celui qui voudrait agrandir ses fenêtres serait contraint d'acquérir un droit supplémentaire.

« Concession et vente » du 7 mai 1870 passée devant Aimé Cuénod, notaire à Vevey [45]:

« Le comparant vend et concède à perpétuité à Pierre Ferrier savoir le droit d'agrandir la dimension des jours et fenêtres qui existent dans la façade nord de la maison... tout comme aussi, au gré de l'acquéreur d'ouvrir de nouveaux jours dans cette façade dominant la cour de la venderesse désignée au cadastre de la dite commune de Vevey comme suit: art. 25, plan folio 10 nº 27. Cette vente est faite pour le prix de cinq cents francs payés comptant.

Conditions et réserves: ... 2) Il est et demeure défendu de jeter quoi que ce soit dans la dite cour Perret par les jours et ouvertures de la maison Ferrier... 3) L'acquéreur ou ses successeurs à perpétuité seront tenus de barrer d'une manière suffisante pour empêcher tout passage et dès qu'ils en seront requis par le propriétaire de la maison et de la cour Perret, les jours qu'il est autorité d'ouvrir à nouveau ou d'agrandir en vertu du présent acte... »

Le droit actuel a maintenu les dispositions sur les vues, les distances à respecter sont même plus longues (art. 153 et 154 LVCC). Les vues droites

[45] ACV notaire Aimé Cuénod, Vevey, registre 20 p. 16.

doivent être à trois mètres au moins du fonds voisin (2 m 70 sous l'ancien droit [46]), les vues obliques à 1 mètre (0,90 m [46]). Cependant la loi vaudoise d'introduction au Code civil suisse n'a pas gardé la restriction de bâtir de l'ancien art. 470 CCV. Cette modification essentielle demande à être examinée avec soin, car la notion de servitude a, dès 1912, une toute autre portée. Avant l'introduction du Code civil suisse, l'inscription au Registre Foncier d'une telle servitude comprenait, sous la simple appellation de « jour » ou « vue », le droit d'avoir une ouverture à une distance moindre que celle prévue par la loi et une restriction de bâtir imposée au voisin. La servitude de non-bâtir était comprise tacitement dans chaque vue. Au contraire, à l'heure actuelle, l'inscription « vue » au Registre Foncier ne présuppose pas cette restriction, celle-ci doit être inscrite à part.

Comment ces anciennes vues ont-elles subsisté en droit contemporain? Sont-elles soumises à la législation antérieure ou à la nouvelle? L'art. 17 alinéa 2 TF CCS prévoit qu'à moins d'exception prévue dans le Code civil, l'étendue de la propriété et des autres droits réels est régie par la loi nouvelle dès son entrée en vigueur. Cependant, le Tribunal Fédéral considère que cette disposition vise « seulement le cas où l'étendue d'un droit est réglée par la loi, non ceux où il découle d'un acte juridique. Dans cette deuxième hypothèse, l'étendue du droit est régie par l'ancienne loi après comme avant l'entrée en vigueur de la nouvelle » [47]. Par conséquent, dans le cas qui nous occupe, l'étendue des vues créées avant 1912 sera déterminée sur la base des contrats constitutifs qui seront interprétés d'après le Code civil vaudois [48]. Ainsi, le mot « vue » sera compris au sens des art. 466 ss CCV et impliquera toujours une restriction de bâtir. On ne saurait avancer à l'encontre de cette interprétation que l'étendue de la restriction de bâtir n'est pas déterminée par l'acte juridique lui-même, mais par la loi. En effet, notre Haute Cour a rendu à ce sujet une décision qui règle définitivement la question: « Une servitude constituée avant le 1er janvier 1912 doit être interprétée conformément à l'ancien droit si elle est d'un type

[46] Cf. *supra* p. 90–92.

[47] JT 1954 I 484.

[48] Cf. JT 1963 I p. 178: « Le contenu des servitudes ne peut être déterminé selon le droit cantonal que dans la mesure où l'acte juridique en question a vraiment réglé le contenu de la servitude, tant par ses termes que dans son sens. Les lacunes du contrat doivent être comblées selon les règles générales du droit codifié et coutumier » (cf. aussi JT 1961 I p. 100).

de servitude qui était spécial à ce droit [49] ». Cet arrêt donne ainsi un fondement solide à la thèse selon laquelle les vues constituées sous l'empire du Code civil vaudois ont conservé, de nos jours encore, leur caractère particulier.

En vertu de l'art. 21 TF CCS, « Les servitudes foncières établies avant l'entrée en vigueur du Code civil subsistent après l'introduction du Registre Foncier, mais ne peuvent être opposées aux tiers de bonne foi qu'à partir du moment où elles ont été inscrites ». Peut-on appliquer cette disposition au cas qui nous occupe et prétendre que ces restrictions de bâtir résultant des vues sont inopposables aux tiers de bonne foi pour la raison que seul le mot « vue » figure dans l'inscription? Certainement pas, puisque nous venons de le dire, l'inscription d'une « vue » garantissait à elle seule l'existence de deux droits distincts. Il suffit donc que la vue ait été inscrite au cadastre avant 1912 pour comprendre la restriction de bâtir de l'art. 470 CCV et exclure toute acquisition de bonne foi. D'ailleurs, le Tribunal Fédéral déclare que la brièveté des inscriptions oblige à recourir aux contrats de servitude pour les préciser et les compléter et que l'interprétation de ces contrats ressortit en principe au droit cantonal en vigueur lors de leur conclusion [50]. Ainsi, chaque fois que l'on se trouve en présence d'un droit de vue, il est important de connaître la date de l'inscription pour déterminer de quelle sorte de servitude il s'agit et s'assurer qu'aucune restriction de bâtir ne l'accompagne.

D'autre part, au moment de l'introduction du Registre Foncier fédéral, chaque fois qu'il s'agit de réinscrire un droit de vue valablement constitué sous l'empire du Code civil vaudois, il est indispensable d'inscrire deux servitudes au lieu d'une, pour éviter que le titulaire ne soit dépossédé d'une partie de son droit; en effet, celles-ci subsistent même en cas de nouvelles constructions. C'est la conséquence du principe du respect des droits acquis de notre droit transitoire (art. 17, 1 TF CCS). Il y a un risque, indéniable, d'oublier cette seconde inscription et de spolier les propriétaires; en effet, l'ancien droit vaudois régit toujours les vues constituées avant 1912 et l'on est tenu de respecter l'art. 470 CCV [51]. On peut imaginer

[49] JT 1961 I p. 98 ss.

[50] JT 1963 I p. 178.

[51] Invoquer la doctrine et la jurisprudence françaises à ce sujet est un non-sens, puisque, nous pensons l'avoir suffisamment démontré, le droit vaudois s'écarte ici nettement du droit français.

aisément les complications et les conséquences fâcheuses qu'une telle omission peut entraîner et regretter l'absence de toute disposition transitoire à ce sujet. Le piège est subtil et il aurait fallu signaler que, dès 1912, le mot « vue » recouvrait une autre réalité. On peut critiquer l'art. 470 CCV, trouver ses exigences excessives, mais il serait injustifié de n'en pas tenir compte.

Chapitre VIII

DE L'ÉGOUT DES TOITS

Ce chapitre est consacré à une disposition unique, identique à l'art. 681 CCF, l'article 471 CCV: « Tout propriétaire doit établir ses toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique; il ne peut les faire verser sur le fonds de son voisin ».

Cette règle semble aller de soi, mais il n'était peut-être pas complètement inutile de l'insérer dans le code afin d'éviter toute difficulté entre propriétaires. Les coutumiers de l'Ancien Régime contenaient eux aussi des prescriptions semblables [1]. La portée de cet article a été clairement délimitée dans la jurisprudence qui en a donné une interprétation extensive: « Pour satisfaire à l'art. 471, il ne suffit pas que les eaux pluviales tombent du toit sur le terrain du propriétaire de ce toit dans les circonstances ordinaires, il faut encore qu'elles tombent sur ce terrain lorsque les pluies sont abondantes ou qu'il fait du vent. Il ne suffit pas qu'elles tombent sur ce terrain, il faut encore que de l'endroit où elles sont tombées, elles ne s'écoulent pas sur le terrain voisin [2] ». Cette disposition simple et logique ne suscite pas d'autres commentaires, sauf qu'elle a survécu de nos jours dans une formulation légèrement différente à l'art. 162 LVCC.

[1] Loix et Statuts I, 26, 28, folio 241 ; Plaict Général de Lausanne loi 262 ; Coutumier de Grandson loi 195 ; Code d'Aigle III, 3, 17.

[2] Journal de jurisprudence et des tribunaux vaudois, tome III année 1845 p. 306: arrêt du Tribunal d'Appel du 14 août 1845. Cf. aussi JT 1870 p. 164.

Chapitre IX

DU DROIT DE PASSAGE

Paragraphe 1. Généralités

Nous abordons maintenant les articles sur le passage dit « nécessaire ». Il s'agit d'une servitude légale contraignant les propriétaires à céder sur leurs terrains un passage en faveur d'un autre fonds pour en permettre l'accès et l'exploitation. Contrairement aux servitudes conventionnelles où les parties sont libres de contracter ou non, la loi oblige de concéder le passage si le fonds du requérant n'a pas d'issue sur la voie publique. Sous l'Ancien Régime, le passage nécessaire était connu des principaux coutumiers vaudois [1]. D'autre part, dès le mandat de passation à clos du 13 janvier 1717 permettant aux particuliers de clore leurs fonds et de les soustraire au parcours, les dispositions sur le passage nécessaire eurent beaucoup plus d'importance. L'art. 4 du mandat prévoyait justement « que ceux qui auront les pièces contiguës aux chemins publics, soit à la venue du mas devront, suivant le droit et l'usage commun, accorder le passage à ceux dont les prés seront situés au centre, pour les inflorer et les déflorer, et cela à l'endroit le plus commode et moins préjudiciable, autant que faire se pourra » [2].

[1] Loix et Statuts II, 10, 2 et 3 folio 279 et I, 26, 14, folio 231 ; Plaict général de Lausanne loi 326; Code d'Aigle III, 3, 1 à 13.

[2] ACV Ba 40: nouveau mandat souverain et règlement de la passation à clos et records du 3 juin 1716, confirmé le 13 janvier 1717, p. 9. Cf. Boyve: « Remarques » ad Loix et Statuts II, 10, 4 p. 214.

Paragraphe 2. Les articles 472 à 476 CCV

Art. 472 CCV : « Le propriétaire dont les fonds sont enclavés et qui n'a aucune issue sur la voie publique, peut réclamer un passage sur les fonds de son voisin pour l'exploitation de son fonds, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage que ce passage pourra causer ».

Il existe une petite différence formelle avec le texte de l'art. 682 CCF : les derniers mots « que ce passage pourra causer » remplacent les termes « qu'il peut occasionner ». Cette divergence sans incidence aucune provient d'une hésitation assez curieuse du Grand Conseil. En 1818, on supprima la phrase « à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner » pour la réintroduire en 1819 à la demande de la seconde commission de jurisconsultes qui remarquait : « On ne voit pas pourquoi on a fait disparaître du projet actuel la mention d'une telle obligation qui paraît si juste » [3]. Du reste, l'art. 516 du projet de 1818 (art. 475 CCV) supposait le payement d'une indemnité et il n'y avait aucune raison de mutiler l'art. 682 CCF (art. 513 du projet [4]).

Secrétan [5] estime que puisque « le passage n'est accordé que pour l'exploitation d'un fonds, le propriétaire n'a pas le droit d'élever une maison sur son fonds, ce qui aggraverait cette servitude établie forcément et pour laquelle le propriétaire dominant n'a payé qu'une indemnité proportionnée à l'inconvénient qu'on supposait en résulter pour le fonds assujetti ». Cette opinion est contestable. Le propriétaire du fonds enclavé se verrait trop limité dans l'exercice de son droit. D'après la jurisprudence, « une servitude de passage nécessaire ne peut être refusée, aux termes de l'art. 472 CCV, parce qu'il s'agirait non seulement de fournir un passage proprement dit en faveur d'un fonds rural, mais encore d'étendre le passage aux besoins d'un établissement industriel créé sur l'immeuble » [6]. Il est bien entendu que si les inconvénients sont plus grands pour le fonds servant, l'indemnité devra être augmentée en proportion. Un autre arrêt définit ce qu'il faut entendre par fonds enclavé : « doivent être considérés comme enclavés des fonds qui, tout en ayant une issue sur la voie publique, n'ont cependant

[3] ACV K VII a 3, 20 : observations présentées au Conseil d'Etat le 15 janvier 1819.
[4] Projet imprimé de 1818 : ACV K VII a 3, 36 p. 144.
[5] SECRÉTAN p. 179 note ad art. 476.
[6] Journal de jurisprudence et des tribunaux vaudois, tome III année 1845 p. 261 ss.

pas une issue suffisante pour leur exploitation » [7]. Ainsi, les tribunaux ont interprété cet article d'une manière assez libérale et en définitive raisonnable [8].

Les art. 473 et 474 CCV sont de fidèles répliques des art. 683 et 684 CCF :

Art. 473 CCV : « Le passage doit régulièrement être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique ».

Art. 474 CCV : « Néanmoins, il doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé ».

C'est le trajet qui réunit les deux avantages d'être le plus court pour parvenir au chemin public et d'être le moins dommageable au fonds servant, qui doit être préféré [9].

A défaut d'accord entre parties sur l'endroit où doit s'effectuer le passage nécessaire, pourrait-on admettre que cet endroit soit fixé définitivement par prescription ? Guisan [10] répond par l'affirmative : « La servitude de passage n'est pas une de celles qui soit susceptible d'être acquise par la prescription à moins qu'elle ne soit apparente ; en France, dans aucun cas, elle ne peut s'acquérir par l'usage si prolongé soit-il. Néanmoins la très grande majorité des auteurs français admettent que l'on peut prescrire le mode du passage nécessaire ... nous croyons que la théorie qui a triomphé en France repose sur les véritables principes de la matière ». Pour expliquer cette apparente contradiction, citons l'argumentation de Marcadé [11] : « La servitude de passage ordinaire est insusceptible de prescription... au contraire, la servitude de passage nécessaire demeure susceptible de possession et de prescription... La prescription, c'est-à-dire l'exercice du passage pendant trente années ne peut pas faire acquérir le droit de passer, puisque, par le fait même de l'enclave, ce droit existe... ce droit m'est directement conféré par la loi ; cette loi constitue pour moi un titre... Mais si la prescription ne peut ici ni faire perdre le droit de passage ni le faire acquérir, ne peut-elle pas du moins en fixer le mode d'exercice en déterminant le lieu par où l'on passera ? (cf. art. 708 CCF = 498 CCV)... Or, si j'ai passé pendant plus de trente ans sur tel fonds, le propriétaire

[7] JT 1909 II p. 290.
[8] Cf. JT 1861 p. 567 ss ; JT 1863 p. 113 ss ; JT 1864 p. 411 ss ; JT 1893 p. 683.
[9] Journal de jurisprudence et des tribunaux vaudois, tome III année 1845 p. 349 ss.
[10] Guisan p. 587.
[11] Marcadé p. 621-2.

de ce fonds ne pourra plus me contraindre à passer sur un autre fonds; j'aurai acquis par prescription le droit d'exercer par là ma servitude légale. Voilà la raison de cette différence entre le droit de passage ordinaire et le droit de passage légal dont il s'agit ici. Dans les cas ordinaires, je n'ai aucun droit de passer sur vous; il est raisonnable dès lors que mes charriages à travers votre terrain soient regardés comme de simples actes de bon voisinage et que la loi trouve trop peu significatifs et trop précaires pour y attacher la prescription. En cas d'enclave, au contraire, vous savez qu'il faut absolument que je passe sur le fonds d'autrui, que j'ai positivement le droit d'y passer; mes charriages à travers votre héritage doivent vous apparaître comme l'exercice d'un droit rigoureux, et il est tout naturel que cet exercice suffisamment prolongé engendre la prescription ».

Cette théorie ne semble pas être valable dans le canton de Vaud, malgré l'opinion de Guisan. A notre avis, il faut distinguer les passages apparents de ceux qui ne le sont pas. Comme nous le verrons plus loin, en vertu de l'art. 480 CCV [12], les passages apparents peuvent s'acquérir par la prescription de trente ans. Si l'on acquiert un passage de cette manière, il est inutile d'invoquer les art. 472 à 476 sur les passages nécessaires et toute la théorie développée plus haut par Marcadé est sans intérêt. Il en va de même en ce qui concerne les passages non apparents qui sont, eux, imprescriptibles [12]. En effet, la loi ne fait en aucun cas dépendre le choix du trajet de la manière dont le passage a été utilisé. Au contraire, celui-ci sera fixé à l'endroit le plus court et le moins dommageable, et à défaut d'accord entre les parties, ce sont des arbitres qui le détermineront. Le tracé utilisé, même pendant trente ans, par le prétendant à la servitude légale ne correspondra pas nécessairement avec celui qui aura été fixé sur la base des art. 473 et 474 CCV: ces critères sont donc inconciliables, raison pour laquelle nous rejetons le système adopté en France [13].

Aux termes de l'art. 475 CCV, si « le passage accordé au fonds enclavé cesse d'être nécessaire par la réunion de ce fonds à un autre fonds aboutissant à un chemin, il sera supprimé; s'il a été payé une indemnité, le prix en sera rendu ». Cet article est une nouveauté dont Henri Carrard [14] avait fait la proposition. Il est difficile de savoir sur quelles bases il s'est appuyé. Aucun coutumier de l'Ancien Régime en vigueur dans le Pays de Vaud ne contient

[12] Cf. *infra* p. 161.
[13] Demolombe II p. 101-102; Demante p. 596.
[14] ACV K VII a 3, 30.

semblable disposition, du moins à notre connaissance. Néanmoins, il semble que le principe était connu. La loi 326 du Plaict Général de Lausanne était ainsi conçue : « Toutes les pièces se devront dévêtir par dessus les lieux qui sont plus proches du grand chemin et à moins dommage du voisin ». Cette disposition fut interprétée de la façon suivante par le Tribunal Cantonal dans un arrêt du 25 septembre 1867 [15] : « Sous l'empire du Plaict Général de Lausanne, le passage nécessaire ne constituait point une servitude proprement dite, mais revêtait le caractère d'une faculté accordée en tant seulement qu'elle était nécessaire. Dès lors, ce passage ne pouvait plus s'exercer dès que le fonds cessait d'être enclavé ».

Bien que non inscrite dans le Code Napoléon, cette prescription fut admise au début du XIX^e siècle par une grande partie de la doctrine française et par la jurisprudence [16]. Mais vers la fin du siècle, c'est l'opinion contraire qui l'emporta. Néanmoins, une loi française du 25 juin 1971 introduisit un nouvel article 685-1 CCF, qui revient à l'ancienne solution. En droit positif suisse, il en va de même, la servitude légale n'est imposée par la loi que pour son caractère de nécessité (art. 694 CCS). Dès que cette nécessité aura disparu, la radiation de la servitude au Registre Foncier pourra être requise [17].

Enfin, l'art. 476 CCV, copie de l'art. 685 CCF, a la teneur suivante : « L'action en indemnité, dans les cas prévus par l'article 472, est prescriptible ; et le passage doit être continué, quoique l'action en indemnité ne soit plus recevable ». Cet article pourrait s'appliquer au cas où le passage et l'indemnité due pour celui-ci n'auraient pas été fixés en même temps. A supposer, dans cette hypothèse, que cette indemnité n'ait pas été déterminée au moment où le passage a été accordé, l'action visant à en fixer le montant sera prescrite, selon l'art. 1667 CCV, après l'écoulement d'un délai de dix ans [18]. Le délai passé, l'indemnité ne sera plus exigible, mais le passage pourra toujours être pratiqué.

Selon un arrêt du tribunal du district d'Avenches [19], la forme notariée n'est pas indispensable pour les actes constitutifs de servitudes de passage

[15] JT 1867 p. 714 et 913.

[16] MARCADÉ p. 623 ; DEMANTE p. 597 ; PARDESSUS p. 345. Opinion contraire : DEMOLOMBE tome II p. 123-127 ; BAUDRY-LACANTINERIE p. 786 à 788.

[17] Art. 736, 1 CCS ; JT 1956 I 11.

[18] MARCADÉ p. 622. En France, l'art. 2262 CCF, contrairement à l'art. 1667 CCV, prévoit que toutes les actions, réelles ou personnelles, se prescrivent au bout de trente ans.

[19] JT 1869 p. 486, arrêt déjà signalé *supra* p. 65 note 24.

nécessaire, car la servitude tire son existence du texte légal et non d'une convention : elle existe donc indépendamment de tout contrat et est supposée assez manifeste pour ne pas faire l'objet d'un acte authentique. Malgré cela, les actes notariés contenant des concessions de passage sont très fréquents [20].

Si le contrat n'indique pas la largeur du passage cédé, il faut admettre une largeur de trois pieds (90 cm) pour le passage de l'homme, 5 pieds (1 m 50) pour celui des chevaux et du bétail, et dix pieds (3 m) pour celui des chars, charrettes et traîneaux (art. 67 CR) [21]. S'il n'y a aucune stipulation spéciale quant à la nature du passage accordé, l'on présume qu'il s'agit du passage de l'homme, à moins qu'il ne résulte de la destination du passage la nécessité qu'il soit exercé par les animaux ou les voitures (art. 66 CR [22]). Cette présomption est donc réfragable. « Dès que l'acte constitutif d'une servitude de passage ne détermine pas la largeur de celui-ci, il ne résulte pas nécessairement que le passage ne soit dû qu'à l'homme. L'étendue de la servitude doit plutôt être fixée en considération de la destination du passage et de la nécessité d'en user autrement qu'à pied. Ainsi, si la destination du passage est de servir de dévestiture pour les besoins d'un commerce exigeant l'emploi de chars à bras, il y a lieu d'admettre que l'exercice normal de la servitude comprend le droit de transporter les marchandises au moyen de tels véhicules... du reste, la notion de la servitude de passage à pied n'exclut pas le droit de passer avec des fardeaux portés à dos, traînés ou poussés sur des véhicules mus par la seule force de l'homme » [23].

Si les parties n'arrivent pas à s'entendre, ce sont des arbitres qui devront trancher toutes les questions relatives au passage. Ils devront déterminer entre autres, si le passage est nécessaire au sens de la loi, l'endroit où il doit se pratiquer et le montant de l'indemnité à payer (art. 68 CR). Ces principes sont d'ailleurs rappelés dans la jurisprudence : « Considérant que

[20] Il est toutefois presque impossible de faire la différence entre les cas de passages ordinaires et les cas de passages nécessaires, car les actes ne renvoyent quasiment jamais à des dispositions légales et ne donnent par ailleurs pas de renseignement suffisant permettant de trancher sur ce point.

[21] L'art. 207, 2 LVCC dispose que la largeur des passages existant au 1er janvier 1912 reste fixée par l'art. 67 du Code rural de 1848. L'art. 172 LVCC prévoit, lui, de nouvelles normes en vigueur dès cette date-là : 1 m, 1 m 50, 3 m.

[22] L'art. 171 LVCC est presque identique à l'art. 66 CR de 1848.

[23] JT 1890 p. 571 ss.

c'est aux arbitres qu'il appartient de fixer le passage, non seulement quant à son tracé, mais encore quant à son étendue; que c'est à eux qu'il appartient de décider, dans chaque cas particulier, si le passage à char est nécessaire ou s'il ne l'est pas; que l'on ne peut par conséquent soustraire à leur approbation la question de savoir si un passage existant est ou n'est pas suffisant, c'est-à-dire si un fonds est ou n'est pas enclavé » [24]. Les arbitres sont soumis au surplus aux dispositions du Code de procédure civile et leurs jugements sont susceptibles de recours au Tribunal Cantonal [25].

Enfin remarquons que l'art. 69 CR apporte une précision à l'art. 472 CCV, dans une hypothèse particulière, en prévoyant que « si le fonds n'a été enclavé que par suite d'une vente, d'un échange ou d'un partage, le passage doit être pris sur les fonds des vendeurs, des copermutants ou des copartageants, qui doivent l'accorder, même sans indemnité » [26].

Actuellement, c'est le Code civil suisse qui traite du passage nécessaire (art. 36 CR de 1911); l'art. 694 CCS diffère légèrement des art. 472 à 474 CCV. En effet, selon l'art. 472 CCV, le fonds enclavé ne doit avoir aucune issue sur la voie publique pour que l'on puisse exiger un passage nécessaire, alors que d'après le Code civil suisse, il suffit que cette issue soit insuffisante. Il faut rappeler cependant que la jurisprudence vaudoise a considérablement élargi la portée de l'art. 472 CCV et ne l'a pas interprété littéralement [27]. D'autre part, les critères imposés pour le choix du tracé ne sont pas les mêmes dans les deux codes. Le Code vaudois exige que le passage soit pris là où le trajet est le plus court et le moins dommageable, alors que l'art. 694 CCS dispose que ce droit doit s'exercer « en premier lieu contre le voisin à qui le passage peut être le plus naturellement réclamé en raison de l'état antérieur des propriétés et des voies d'accès et, au besoin, contre celui sur le fonds duquel le passage est le moins dommageable ».

[24] JT 1862 p. 715 (Jurisprudence contraire: arrêt du 10 janvier 1850, non publié au JT, in répertoire des arrêts rendus par le Tribunal Cantonal de 1846 à 1868 d'après les recueils du juge cantonal Bippert, publié par J. Mandrot – Lausanne 1869 — p. 145). Cf. autres arrêts sur l'arbitrage: JT 1847 p. 113 ss; JT 1861 p. 153; JT 1862 p. 713 ss; JT 1871 p. 495; JT 1881 p. 603; JT 1909 II p. 290; Le Droit tome III année 1841 p. 36.

[25] Art. 303 ss du Code de procédure civile du 11 déc. 1824 (ne figure pas dans les ROLV) et art. 333 ss du Code de procédure civile du 25 novembre 1869: ROLV 66 II p. 123 ss.

[26] Cf. dans le même sens, en France, MARCADÉ p. 623.

[27] Cf. *supra* p. 135 note 7: JT 1909 II p. 290.

Ces deux critères n'ont d'ailleurs pas la même valeur, le second étant subsidiaire par rapport au premier, ce qui n'était pas le cas en droit vaudois.

Enfin, la loi vaudoise d'introduction au Code civil reprend à ses art. 171 et 172 les art. 66 et 67 de l'ancien Code rural, à la différence que le passage de l'homme est présumé être de 1 mètre au lieu de 90 cm. Les litiges sont aujourd'hui soumis au président du tribunal du for de la situation des immeubles appartenant au défendeur [28].

Paragraphe 3. Des passages d'eau

Le Code rural de 1848 consacre une série de dispositions aux passages d'eau nécessaires [29]. L'art. 81 CR prévoit que ce passage peut être ordonné par voie d'expropriation forcée pour fournir l'eau nécessaire aux fontaines ou à l'irrigation, l'assainissement et l'amélioration des terrains d'une commune, d'un village ou d'un hameau. Cette servitude légale existe aussi en faveur des maisons d'habitation pour y conduire l'eau qui leur est indispensable (art. 82 CR). Plus loin, suivent des prescriptions détaillées sur la manière de poser les conduites ainsi que sur la procédure à suivre (art. 83 à 90 CR). Les compétences sont partagées entre le tribunal de district et une commission d'experts, comme le résume très brièvement un arrêt du Tribunal Cantonal du 27 novembre 1867: « En matière de passage d'eau ordinaire, il incombe au tribunal civil de reconnaître d'abord si le demandeur a droit de réclamer la servitude de passage et de désigner le ou les fonds sur lesquels elle s'exercera; après quoi, les experts déterminent le lieu du passage sur le fonds indiqué par le tribunal et fixent l'indemnité » [30]. Enfin l'art. 92 CR concède un droit de passage, cette fois à pied, à cheval ou en char selon les cas, permettant aux habitants d'un village de passer sur un ou plusieurs fonds privés afin de se rendre à la source ou au bord du cours d'eau qui leur fournit l'eau indispensable à leur existence [31]. Ce

[28] Art. 409 ch. 4 du Code de procédure civile vaudois du 14 décembre 1966.

[29] Le Plaict Général de Lausanne (loi 275) permettait aux propriétaires de conduire de l'eau par-dessus les fonds voisins. Les Loix et Statuts (I, 26, 15 folio 231) au contraire interdisaient une telle pratique.

[30] JT 1868 p. 1. Cf. aussi JT 1908 II p. 11.

[31] Dans ce cas, ce sont les dispositions sur les passages nécessaires qui sont applicables, l'art. 92 CR renvoyant à l'art. 68 CR. Ainsi, ce sont des arbitres qui régleront les litiges et non le tribunal de district, ni des experts.

qui reste de ces dispositions se trouve aux art. 54 et 55 du Code rural de 1911 [32]. Le Code civil suisse a considérablement étendu la portée de la servitude légale de conduite. Nous renvoyons ici aux art. 691 à 693 CCS.

[32] Art. 409 ch. 3 et 7 du Code de procédure civile vaudois du 14 déc. 1966: en cas de litige, c'est le Président du Tribunal de District qui est compétent.

QUATRIÈME PARTIE

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME

Ce que le Code civil vaudois appelle servitudes naturelles et servitudes légales forme le droit commun de la propriété foncière. Toutefois, comme il ne s'agit pas de règles impératives, chacun peut s'y soustraire en obtenant sur le fonds de son voisin et en faveur du sien une servitude foncière « conventionnelle ». En réalité, il est plus exact de parler de servitudes établies par le fait de l'homme que de servitudes « conventionnelles », bien que ce dernier terme soit plus simple, pour la raison que les servitudes dérogeant au droit de voisinage peuvent être établies non seulement au moyen de conventions entre propriétaires, mais encore par testament, par destination du père de famille et par prescription. Les dispositions que nous allons commenter maintenant nous disent de quelle manière ces droits sont constitués, les conséquences qui en résultent et enfin leur mode d'extinction.

Chapitre Premier

GÉNÉRALITÉS

Paragraphe 1. La notion de servitude foncière en droit vaudois

Selon la définition générale donnée à l'art. 424 CCV, « une servitude est une charge imposée sur un fonds pour l'usage et l'utilité d'un fonds appartenant à un autre propriétaire ». L'art. 477 CCV vient compléter cette définition en disant qu'« il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu, néanmoins, que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public. L'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se règlent par le titre qui les constitue; à défaut de titre, par les règles ci-après » (= art. 686 CCF).

Tout propriétaire est libre de créer n'importe quelle servitude, même sur des fonds non contigus [1], et en nombre illimité. Toutefois, le législateur apporte à cette liberté deux restrictions. Tout d'abord, les servitudes ne doivent pas être contraires à l'ordre public, ensuite elles ne doivent être imposées ni à une personne, ni en faveur d'une personne. La première restriction semble aller de soi; elle n'est pas propre aux servitudes, mais touche tous les domaines du droit privé. La seconde en revanche suscite

[1] Journal de jurisprudence des tribunaux vaudois — tome II — Lausanne 1844 p. 101 ss: « La constitution de la servitude est valable, malgré la circonstance qu'une ruelle sépare le fonds asservi de la propriété du vendeur, la loi sur la matière n'exigeant pas, en ce cas, que le fonds dominant soit contigu au fonds grevé ».

quelques commentaires. Pour qu'une servitude soit valablement constituée, il faut, en premier lieu, qu'elle ne soit pas imposée à une personne, mais à un fonds. Il s'agit d'une charge réelle pesant non sur le propriétaire du fonds servant, mais sur le fonds lui-même. Elle est liée à celui-ci. Le propriétaire du fonds asservi ne pourrait pas, par exemple, vendre son immeuble sans céder, en même temps, les servitudes qui le grèvent.

D'autre part, une servitude ne peut jamais imposer une obligation de faire, un comportement positif de la part du propriétaire du fonds grevé. Ainsi, comme l'explique Secrétan [2], « Le code défend les servitudes *in faciendo* qui consisteraient à obliger le maître du fonds servant à faire quelque chose, par exemple, à faire annuellement dans mon champ tant de journées de travail. De telles servitudes seraient trop contraires à la liberté des propriétaires; l'ordre public en souffrirait, vu la quantité de droits divers qui pourraient s'établir sur les fonds. Si une servitude *in faciendo* était promise, elle devrait être appréciée d'après les règles du louage d'ouvrage » [3]. L'art. 477 CCV ne permet que les servitudes qui consistent à souffrir ou à ne pas faire quelque chose [4]. Le droit romain parlait de servitudes *in patiendo* et *in non faciendo*, expressions qui ne sont d'ailleurs pas synonymes. En effet, par la servitude *in patiendo*, le propriétaire du fonds servant est tenu de supporter que quelque chose se fasse sur son fonds, à quoi il ne serait pas tenu sans la servitude. Secrétan [5] appelle ce genre de droits des servitudes affirmatives, tel le droit de poser des conduites dans le fonds d'autrui, un droit de passage, etc. En revanche, la servitude *in non faciendo* ou servitude négative consiste à s'abstenir de certains ouvrages sur son propre fonds dans l'intérêt du fonds dominant. Par exemple une restriction de bâtir pour sauvegarder des vues aménagées par le voisin à une distance inférieure à la distance légale, une interdiction de bâtir plus haut que 25 pieds, etc.

La servitude ne peut pas non plus être établie en faveur d'une personne. Le code entend par là prohiber les servitudes personnelles, pour n'accepter

[2] SECRÉTAN p. 180 note 1 ad art. 477.

[3] Art. 1264 à 1283 CCV.

[4] Il en va de même en droit moderne. Une obligation de faire ne peut être rattachée qu'accessoirement à une servitude (art. 730, 2 CCS; cf. art. 488 CCV). ROSSEL et MENTHA p. 8; LIVER PETER: « Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch » IV Band — Das Sachenrecht — Zürich 1968. « Die Dienstbarkeiten und Grundlasten » erster Band p. 70 ss.

[5] SECRÉTAN p. 180 note 1 ad art. 477.

que les servitudes foncières ou prédiales. Il s'agit de droits réels restreints dont la titularité est rattachée à la propriété d'un fonds et qui ne peuvent en être séparés. Dès qu'il aliène son immeuble, le propriétaire du fonds dominant perd tout droit sur le fonds grevé. Ainsi, la servitude n'est pas destinée à favoriser une personne, mais plutôt à augmenter l'usage et l'utilité d'un fonds. Secrétan [6] précise en disant « qu'elle ne peut pas être relative uniquement à l'agrément de la personne même propriétaire d'un fonds voisin, par exemple, le droit de se promener dans le fonds assujetti, d'y cueillir des fleurs, des fruits. Mais, conformément au droit romain, il n'est pas défendu que la servitude augmente l'agrément du fonds dominant, comme le droit d'avoir une vue qui ne puisse pas être offusquée par des constructions, même à une grande distance »

Le Code civil vaudois est assez restrictif en excluant les servitudes personnelles et en n'admettant que les servitudes foncières. En cela il suit le Code Napoléon. Il semble qu'il y ait plusieurs raisons à cette exclusion. Tout d'abord, on désirait éviter la réapparition des anciens droits seigneuriaux, en particulier les corvées, telle cette charge qui astreignait les vassaux, dont les terres étaient attenantes au château, à battre les fossés pour empêcher les grenouilles de troubler la quiétude du seigneur par leurs coassements [7]. On ne saurait non plus ignorer l'influence du droit romain sur le Code Napoléon : les Romains n'admettaient pas en principe les servitudes foncières *in faciendo* et excluaient par là même toute idée de service personnel ; ils n'admettaient pas davantage que les servitudes prédiales puissent exister en faveur d'une personne [8]. Ainsi la peur du retour aux assujétissements existant sous l'Ancien Régime et le respect du droit romain sont-ils à l'origine du système consacré par l'art. 686 CCF, puis 477 CCV.

Le Code civil vaudois n'exclut pourtant pas tous les droits ou obligations constitués en faveur d'une personne ou dus par elle. En effet, rien n'empêche M. Chapuis de s'engager à aller creuser les fossés du voisin ou de permettre à M. Lecoultre de venir chasser sur son terrain ; seulement

[6] SECRÉTAN p. 181 note 2 ad art. 477.

[7] Cf. JT 1889 p. 750 : article de J. Berney ; cf. aussi MARCADÉ p. 625-6 et DEMOLOMBE tome II p. 175.

[8] Digeste : livre VIII titre I ; 15, 1 Pomponius (lib. 33 ad Sabinum) et Livre VIII titre I ; 8 Paul (lib. 15 ad Plautium).

il ne peut s'agir de servitudes et les art. 477 ss CCV ne sont pas applicables, car les services ne sont pas établis sur un fonds ou en faveur d'un fonds, mais en faveur d'une personne ou imposés à une personne. Il s'agit de droits d'usage, d'usufruit ou d'habitation traités aux articles 365 à 423 CCV ou de droits soumis aux prescriptions sur le louage d'ouvrage et d'industrie des art. 1264 et suivants. Contrairement aux servitudes, leur durée est limitée et ils s'éteignent au plus tard à la mort du bénéficiaire [9].

Il existe des cas limites où l'on ne sait plus très bien si l'on a affaire à un droit d'usage ou à une servitude foncière. Il est intéressant, à cet égard, d'examiner si les principes que nous venons d'énoncer étaient respectés. Les actes notariés sont en général peu précis. Les expressions « servitudes », « services fonciers » sont très rarement utilisées et il n'est presque jamais fait référence à des textes légaux. Il est par conséquent malaisé de déterminer de quelle sorte de droit il s'agit. Un indice devrait pourtant nous permettre de trancher, à savoir la désignation des fonds. S'il est expressément stipulé que le fonds A est grevé d'un droit de vue en faveur du fonds B, nous sommes incontestablement en présence d'une servitude, à condition toutefois qu'elle soit pour le surplus conforme à l'art. 477 CCV. Voici un exemple qui nous paraît correspondre à ce que la loi exige: il s'agit d'un acte intitulé « Constitution de servitude » et passé devant Jean-François Borgeaud, notaire à Lausanne, le 23 mars 1846 [10]:

« ... Lequel déclare par les présentes qu'il concède à perpétuité en faveur de la maison attenante à la sienne du côté d'orient, appartenant actuellement à Abram Louis fils du défunt Jean Abram Moennoz, un droit de passage autour et derrière sa maison, sur la place d'aisance sus-mentionnée, ce passage sera de 4 pieds de large et ne pourra jamais être embarrassé ni obstrué par le comparant Milliquet ou ses successeurs, ni par le propriétaire de la maison en faveur de laquelle cette servitude est constituée, ou ses successeurs... La maison d'Abram Louis Moennoz est située dans le village de Pully, portée au plan antérieur à l'année 1803, cadastre de l'article 325, ayant pour limites d'orient et midi la maison d'Henri Chavan, d'occident la demi de maison au comparant Jean-Pierre Milliquet et du nord un jardin à Abram Louis Moennoz... ».

---

[9] Bien que l'usufruit, l'usage et le droit d'habitation soient concédés à des personnes, il s'agit toujours de droits réels, car ils confèrent un certain pouvoir sur une chose. Ce n'est pas le cas du louage d'ouvrage.

[10] ACV notaire Jean-François Borgeaud, Lausanne, registre 7 p. 32.

Toutefois, de nombreux actes ne désignent pas le fonds dominant [11] alors que les parties avaient certainement l'intention de créer une servitude, et non un simple droit de jouissance. En voici un exemple :

« Acquis » du 27 avril 1826 passé devant le notaire Frédéric Comte de Lucens [12] :

« Le vendeur réserve en faveur des fils d'Isaac Pidoux... le droit d'établir et de maintenir à perpétuité lui ou ses ayants droit par-dessus le bord boréal du terrain vendu, une chaîne de tuyaux à la profondeur qui lui conviendra ».

En outre, les actes de ventes signalent fréquemment des servitudes déjà existantes. Mais ces réserves sont très souvent insuffisantes : « Vente » du 30 juin 1828 instrumentée par François Golay, notaire au Sentier [13] :

« Il est ici expliqué que sur ce dernier immeuble vendu existe une charge en faveur du sieur Daniel Berney, pour y creuser et s'approprier une source d'eau pour sa fontaine auprès de sa maison, sous condition que l'acquéreur aura l'égout de cette fontaine pour la conduite sur son pré ci-dessus acquis article 1 ».

Il y a deux critiques à faire à ce genre de clause. Tout d'abord le fonds dominant appartenant à Daniel Berney n'est pas désigné dans l'acte, ensuite il n'est pas fait mention de la manière dont cette servitude a été acquise et le notaire aurait dû renvoyer au titre constitutif.

Une autre pratique hautement critiquable que nous avons déjà eu l'occasion de relever dans un acte du notaire François Dupraz de Vevey à propos des sources [14], consiste à créer des servitudes non seulement en faveur des fonds actuels du concessionnaire, mais encore en faveur de ceux qu'il pourrait acquérir par la suite. Nous le voyons, certains actes sont incomplets, contiennent de graves erreurs et dénotent une grande confusion au sujet du concept même de servitude foncière.

Quelle fut l'attitude des tribunaux en face de tels contrats? Dans un arrêt du 6 mars 1844, le Tribunal d'appel prit une position très libérale [15] :

[11] Les fonds servants sont généralement convenablement désignés, contrairement aux fonds dominants.

[12] ACV Dl 21 registre 1 p. 370.

[13] ACV Dh 5 registre 7 p. 444.

[14] Cf. *supra* p. 31.

[15] Journal de jurisprudence des tribunaux vaudois — tome II — Lausanne 1844 p. 102 ss. Même solution au JT 1849 p. 357.

« Lorsque dans l'acte de vente d'un terrain, soit un jardin contigu à la propriété du vendeur, il a été stipulé purement et simplement que l'acquéreur ou ses successeurs ne pourraient ni bâtir, ni construire aucun établissement sur le terrain vendu, mais sans indiquer d'une manière spéciale le fonds en faveur duquel le terrain vendu est grevé de servitude, il n'y a pas énonciation insuffisante et nécessairement nullité de la servitude, lorsque, d'ailleurs, il résulte des actes produits que la commune intention des parties a été de constituer une servitude en faveur de la propriété du vendeur ». Cet arrêt était suivi d'une note du rédacteur du journal qui remarquait : « La question de savoir si une servitude peut exister sans qu'il y ait désignation exacte des immeubles dominants et servants, est ainsi résolue, le Tribunal d'Appel exprime qu'il est plus régulier de désigner, dans l'acte, l'immeuble en faveur duquel la servitude est constituée ; mais il dit aussi que la loi ne prononce aucune nullité pour une telle irrégularité. Ce qui est nécessaire, c'est qu'il résulte évidemment des actes et des lieux qu'il n'y a aucun doute sur l'intention des parties. Une décision contraire eût eu bien des dangers ; car sur 100 actes constitutifs de servitudes, il y en a 10 au plus qui expriment la désignation complète des fonds servants et dominants. Toutefois, MM. les notaires peuvent trouver une direction utile dans les considérants et dans le dispositif de cet arrêt. Il devient plus régulier de bien désigner les immeubles. Les noms des propriétaires peuvent ne pas suffire ; cela étant, il y aurait imprudence à ne pas fixer cette désignation d'une manière bien exacte et bien complète. Ce qui est clair aujourd'hui, peut devenir très obscur en peu de temps si les noms seuls des propriétaires figurent dans les actes. Ce danger n'existera pas si les immeubles sont désignés avec exactitude et avec détails ».

En fait, il semble qu'il y ait une évolution au fil des années et que les actes passés avant 1837 ont été moins bien rédigés que les actes postérieurs. Les contrats les plus récents contiennent quasiment tous une désignation correcte des fonds avec référence au cadastre et, bien souvent, la contenance de chaque parcelle, ainsi que l'énumération des fonds qui l'entourent (au nord, au midi, d'occident, d'orient). Fiaux [16] prétend que la date charnière est le 1er juillet 1837, date de l'entrée en vigueur de la loi sur le notariat du 29 décembre 1836 [17] et que tous les actes postérieurs indiquent fonds

[16] FIAUX p. 15.

[17] ROLV 33 p. 260 ss. En revanche, BIANCHI, dans l'analyse de cette loi, n'aborde pas ce point particulier.

dominants et servants. En effet l'art. 83 de cette loi était conçu en ces termes : « Lorsqu'un acte, autre que les dispositions à cause de mort a pour objet la propriété d'un immeuble, le notaire indique... l'article du cadastre, les numéros et folios du plan, les limites et la contenance » [18]. Malgré cela, nous ne sommes pas aussi catégoriques que Fiaux. On ne change pas les habitudes en un jour et l'arrêt précité du 6 mars 1844 nous en donne la confirmation [19]. Nous avons pourtant constaté dès cette époque plus de précision dans la manière de rédiger les actes notariés. En règle générale, les notaires sont plus scrupuleux dans la seconde moitié du siècle que dans la première. De son côté, le Tribunal Cantonal est devenu plus exigeant sur la manière de constituer les servitudes [20] : « Lorsqu'une vente immobilière porte que l'un des contractants concède à l'autre, pour lui et les siens, un droit de passage sur un immeuble déterminé, cette clause doit être envisagée comme n'établissant pas une servitude réelle, mais un simple droit d'usage personnel ; car l'acte ne contient pas, ne parle pas du fonds dominant. L'acte, dans son ensemble, ne dégage pas que les parties aient convenu d'une servitude de passage ». Il faut pourtant souligner que le tribunal n'a pas examiné seulement s'il y avait désignation ou non du fonds dominant, mais sa décision fut prise en considération de l'ensemble de l'acte, ce qui n'est pas en contradiction avec les principes appliqués lors de la décision du Tribunal d'Appel du 6 mars 1844. Néanmoins, il nous semble que, dans son appréciation, le Tribunal Cantonal a été plus sévère, la désignation des fonds tendant à revêtir plus d'importance que les autres éléments du contrat, à devenir un élément essentiel [21].

Le cas le plus courant où la désignation du fonds dominant fait défaut ou n'est pas assez explicite est celui des servitudes de passage. En effet

[18] Cf. art. 330 CCV : sont immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent l'usufruit des choses immobilières, les servitudes ou services fonciers.

[19] En l'espèce, les servitudes litigieuses avaient été créées par des actes notariés de 1837 et de 1842. Ils n'indiquaient les fonds dominants ni l'un ni l'autre.

[20] JT 1886 p. 329.

[21] Cf. JT 1905 II p. 317 : « Considérant en l'espèce, que si l'acte constitutif du droit invoqué par la commune de Cully contient l'énonciation du fonds servant, débiteur de ce droit, il ne renferme par contre aucune indication d'un fonds dépendant du domaine privé de cette commune, au profit duquel la servitude aurait été créée... L'abandon d'une source à une commune dans un but d'utilité publique et sans indication de fonds dominant doit donc se caractériser non comme une servitude, mais comme un droit de jouissance dont la durée maximale est de trente ans (art. 406 CCV) ».

le droit concédé se présente à l'esprit davantage comme une faculté accordée à une personne que comme un droit en faveur d'un fonds; on considère plus naturellement la personne qui va utiliser le passage que le terrain desservi, d'où la confusion qui existe dans bien des actes notariés. A ce propos, le Code rural de 1848 rappelle que tous les droits de passage ne sont pas des servitudes et qu'il en existe deux sortes, soumis à des prescriptions différentes: les servitudes et les droits d'usage personnels (art. 64 et 65 CR). La distinction est facile en théorie, beaucoup moins en pratique. Il faut rechercher dans chaque cas particulier l'intention des parties, telle qu'elle ressort des actes constitutifs, en partant du principe que la servitude ne se présume pas et qu'en l'absence de toute disposition qui pourrait faire croire à son existence, il s'agit d'un droit d'usage.

L'exigence d'un fonds dominant pour les servitudes subit une exception que le Tribunal Cantonal réaffirma à plusieurs reprises, notamment dans un arrêt du 19 octobre 1904 [22]: « Le seul cas dans lequel une servitude puisse être concédée au profit du public, sans qu'il existe un fonds dominant, est celui du passage servant au public prévu à l'art. 400 du Code de procédure civile de 1869 [23] ». Bien que le public en soit le bénéficiaire, ces passages sont des droits privés, soumis au droit civil: « Aucune disposition de la législation vaudoise n'interdit d'établir par convention des servitudes ayant pour objet l'utilité publique ou communale, par exemple un droit de passage en faveur du public. De telles servitudes sont soumises aux dispositions de la loi civile et notamment à l'inscription au registre des droits réels » [24].

Le cadre rigide des art. 424 et 477 CCV n'a pas toujours répondu aux exigences de la pratique et, dans la seconde moitié du XIX^e siècle, les principes régissant les servitudes ont été appliqués avec moins de rigueur. Au début de ce paragraphe, nous avons dit que la servitude devait être utile au fonds dominant et qu'elle ne pouvait pas servir à l'agrément des propriétaires uniquement. Ainsi, selon Pardessus [25], « nul ne pourrait établir de servitude qui ne serait d'aucune utilité possible, prochaine ou éloignée

[22] JT 1905 II p. 137 ss. Cf. aussi JT 1897 p. 34 et p. 597; JT 1908 II p. 105.

[23] ROLV 66, II^e partie p. 147: Code de procédure civile du 25 novembre 1869. Les art. 62 et 63 du Code rural de 1848 prévoyaient eux aussi cette exception et admettaient l'existence de droits de passage exercés par le public sur les propriétés privées. *Idem* à l'art. 368 du Code de procédure civile du 1^er mai 1846: ACV OA 310 p. 122.

[24] JT 1897 p. 34.

[25] PARDESSUS p. 22-23 et 25.

pour son héritage... La prohibition d'exercer dans le voisinage d'une habitation, une profession rivale ou un métier bruyant, quand même on aurait déclaré que cette concession est en faveur de tout propriétaire ou possesseur de l'héritage, la nature des choses ne permettrait pas d'y voir une servitude ». Au fil des ans, une telle restriction parut excessive et de nombreux actes attestent qu'elle n'a pas toujours été respectée. On en trouve des exemples dans les villes surtout et plus particulièrement à Lausanne, telle cette « Vente » passée devant le notaire François Jacottet, le 17 mars 1866 [26] :

« ... Le comparant Charles-Louis Thévenaz se réserve toutefois qu'en aucun temps on ne pourra établir sur les parcelles A et C de l'art. 3173 du cadastre qu'il a vendue et cédée par le présent acte, un établissement ou une fabrique dont les émanations pourraient être de nature à déprécier le restant de sa propriété ».

En voici un autre exemple [27] :

« Enfin, il ne pourra être établi sur la parcelle cédée à Burnand, ni restaurant, pinte, cabaret ou autres établissements de ce genre, ne sont toutefois pas compris dans cette interdiction les hôtels ou maisons de pension ».

Ainsi le principe que nous venons de poser n'a pas été respecté chez nous, tout au moins dans la seconde moitié du XIX^e siècle. En effet, nous n'avons pas rencontré d'actes semblables avant 1850. Ces contrats ne furent pas invalidés et les droits qu'ils constituaient considérés comme d'authentiques servitudes foncières [28].

On peut constater le même décalage entre la théorie et la pratique dans le cas de concession de source [29]. L'existence d'un fonds dominant était parfois une condition difficile à remplir et les parties, pour ne pas violer la loi, recouraient à certains artifices, consistant par exemple à acquérir une parcelle de terrain de quelques mètres carrés seulement et à prétendre ensuite que la servitude de prise d'eau était constituée en sa faveur. La loi était formellement respectée, l'était-elle dans son esprit? On peut en

[26] ACV notaire François Jacottet, Lausanne, registre 2 p. 77.

[27] ACV notaire Jacques Vallotton, Lausanne, registre 9 p. 42. Echange du 16 avril 1872.

[28] Cf. JT 1885 p. 533 ss.

[29] Cf. *supra* p. 28-32.

douter. Citons, à ce propos, un article de Jacques Berney paru dans les Journaux des Tribunaux de l'année 1889 [30]: « L'art. 477 du Code civil est un de ceux dont l'observation soulève le plus de difficultés. Cet article prescrit que les charges (servitudes) foncières sont établies pour l'usage et l'utilité d'un fonds. Les sociétés qui ont pour objet l'alimentation de l'eau ne satisfont à cette obligation que par une fiction. Elles acquièrent la propriété du terrain sur lequel est construit leur réservoir et l'on envisage les droits de prise et de passage d'eau qu'elles se font concéder comme institués pour l'usage et l'utilité de ce réservoir ». Une seule solution aurait permis d'éviter ce genre de compromis: rendre possible la création de servitudes personnelles. C'est la conclusion à laquelle arrivait Berney: « Aucune raison sérieuse ne milite en faveur du maintien de cette disposition de droit absolu (art. 477 CCV); elle ne favorise ni l'agriculture, ni l'industrie, ni le crédit. Sa raison d'être est toute historique et doit se chercher dans la crainte de voir réapparaître les droits féodaux du Moyen Age... Aujourd'hui, l'on ne craint plus rien de semblable. D'ailleurs, la charge imposée à un fonds n'est pas plus onéreuse lorsqu'elle est instituée en faveur d'une personne ou d'une société que lorsqu'elle est établie pour l'usage et l'utilité d'un autre fonds. La seule disposition légale que puisse avoir intérêt à maintenir celui qui craindrait le retour du servage, c'est celle qui prescrit que la servitude ne doit grever que le fonds et non la personne du propriétaire. Aller plus loin dans le régime du droit absolu, c'est contrarier l'institution d'entreprises que la loi devrait au contraire favoriser parce qu'elles ont pour but d'augmenter la richesse générale en mettant à la portée des consommateurs les produits du sol et les matières qu'il renferme. Une servitude foncière devrait pouvoir être instituée en faveur d'une personne et aliénée par elle comme peut l'être un usufruit, mais sans être limitée quant à sa durée par la vie de l'acquéreur ».

Il faudra attendre le Code civil suisse pour que l'on puisse constituer des servitudes personnelles (art. 781 CCS). Cette faculté était devenue indispensable et fut introduite pour des raisons pratiques [31]. D'ailleurs, ce système, beaucoup plus souple que celui qui était en vigueur dans le canton de Vaud, était déjà connu dans certains cantons avant 1912 [32].

[30] JT 1889 p. 749.

[31] Cf. Bulletin sténographique de l'Assemblée Fédérale suisse — 1906 p. 586.

[32] Ainsi Berne et Lucerne. Cf. Huber Eugen: « System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes » — III Band — Bâle 1889, p. 336 et 383-4.

Les art. 478 et 479 CCV établissent des distinctions parmi les servitudes : Art. 478 CCV : « Les servitudes sont continues, ou discontinues.

Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continuel, sans avoir besoin du fait actuel de l'homme ; telles sont les conduites d'eau, les égouts, les vues et autres de cette espèce.

Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées ; tels sont les droits de passage, puisage, pacage et autres semblables » (= art. 688 CCF).

Secrétan précise cet article en disant que « l'usage de la servitude peut être continuel quand on n'en profite pas à chaque instant ; comme dans le droit de faire couler dans le fonds du voisin les égouts de mon toit » [33]. Il n'y aurait donc pas de différence entre les servitudes continues dont l'usage est intermittent et celles où il est perpétuel, pourvu qu'elles puissent être exercées sans intervention humaine [34].

L'art. 479 CCV introduit une autre distinction : « Les servitudes sont apparentes, ou non apparentes.

Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc.

Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signes extérieurs de leur existence, comme par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds, ou d'élever son bâtiment au-delà d'une hauteur déterminée ».

Il existe une petite différence entre l'énoncé de cet article et celui de l'art. 689 CCF, à savoir que la dernière phrase : « ... la prohibition... d'élever son bâtiment au-delà d'une hauteur déterminée » remplace les mots « la prohibition... de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée » de l'article français. La rédaction vaudoise semble la meilleure. Du reste, certains auteurs

[33] Secrétan p. 181 note ad art. 478.

[34] Demolombe tome II p. 207 : « La servitude continue ne perd pas, bien entendu, son caractère, lors même que le fait de l'homme est nécessaire pour la mettre en état de s'exercer ; comme, par exemple, s'il faut établir un aqueduc pour l'écoulement des eaux ; car ce n'est pas dans ce fait que consiste l'exercice de la servitude qui, une fois l'ouvrage établi, s'exercera elle-même et toute seule ». Et p. 209 : « ... la servitude n'est discontinue que lorsque précisément c'est dans le fait même de l'homme, dans son fait actuel, c'est-à-dire persévérant et toujours renouvelé, que consiste l'exercice même de la servitude ; de telle sorte que la servitude n'est plus exercée dès le moment où l'homme n'agit plus ».

français, comme Baudry-Lacantinerie [35], critiquaient la formulation de l'art. 689 CCF et proposaient un texte très proche de celui du Code civil vaudois.

Sur le fond, remarquons qu'il peut exister des servitudes non apparentes qui peuvent être affirmatives, et non plus négatives comme les restrictions de bâtir, par exemple des droits de passage qui ne seraient manifestés par aucun signe extérieur. Les servitudes de passage peuvent en effet être apparentes ou non apparentes. Les tribunaux eurent l'occasion, à maintes reprises, de fixer les critères de différenciation: « Pour que le passage soit apparent, le législateur a voulu que le propriétaire du fonds asservi fût averti, par des manifestations extérieures, de l'intention de créer une servitude sur son fonds. Il faut donc que les travaux constituent une menace visible, permanente, non équivoque traduisant nettement l'intention du propriétaire du fonds dominant de porter atteinte à la propriété de son voisin » [36]. D'autre part, il fut jugé que l'apparence d'une servitude de passage peut résulter d'escaliers, de traces de passage dans le roc [37]. En revanche, de « simples traces de roues ou des empreintes de pas ne sauraient être considérés comme des ouvrages d'où l'on devrait conclure l'apparence de la servitude. Pareillement, des ouvrages faits sur son fonds par le propriétaire du fonds dit asservi sont insuffisants pour établir l'apparence de la servitude, alors que ces ouvrages s'expliquent par les besoins de l'exploitation de sa propriété » [38].

Une autre question importante reste à résoudre; cette apparence doit-elle se manifester sur le fonds servant plutôt que sur le fonds dominant ou sur les deux à la fois? A ce sujet, le Tribunal Cantonal déclara que l'art. 479 CCV ne prescrivait pas que ces ouvrages devaient se trouver nécessairement sur le fonds servant, mais que l'apparence était suffisamment établie lorsque le propriétaire du fonds asservi voit sur le fonds dominant un ouvrage qui ne laisse pas de doute sur l'existence de la servitude [39]. Dans un autre arrêt, il réaffirma que ces ouvrages pouvaient être exécutés sur le fonds dominant ou sur le fonds asservi, ou sur les deux ensembles [40]. Toutefois, dans un arrêt postérieur du 23 mars 1899, le Tribunal Cantonal revint sur

[35] Baudry-Lacantinerie p. 819.
[36] JT 1889 p. 9 ss.
[37] JT 1884 p. 119.
[38] JT 1869 p. 768.
[39] JT 1889 p. 455. Dans le même sens: JT 1877 p. 320 ss.
[40] JT 1869 p. 761 ss, spéc. p. 768.

sa jurisprudence en exigeant que les travaux soient faits sur le fonds servant: « Pour qu'une servitude soit apparente, il faut qu'elle soit manifestée par des ouvrages extérieurs dont l'existence doit être constatée non seulement sur le fonds dominant, mais encore et surtout sur le fonds prétendu servant. [41] » Cette dernière jurisprudence nous paraît critiquable. En effet, comment appliquer ce principe dans le cas de servitudes de vue par exemple? Si j'ouvre une large fenêtre à moins de 9 pieds de la limite, peut-on prétendre sérieusement qu'il s'agit d'une vue non apparente pour la seule raison qu'il n'y a pas d'ouvrage sur le fonds servant? Une telle solution nous paraît injustifiée, l'ouverture en elle-même étant suffisante pour manifester l'existence d'une servitude. D'autre part, quelles sortes de travaux pourrais-je entreprendre pour rendre cette vue « apparente » au sens de cet arrêt? En conclusion, si le principe posé par le Tribunal Cantonal semble applicable aux droits de passage, nous refusons d'en faire une règle générale pour les autres servitudes.

Bien qu'en théorie l'on puisse faire d'autres distinctions, le Code vaudois n'a retenu que celles entre les servitudes continues et discontinues, apparentes et non apparentes. L'importance de cette différenciation se manifeste surtout dans la manière d'acquérir les servitudes, ainsi que nous le verrons en analysant les art. 480 et suivants CCV.

Enfin pour clore ce chapitre, signalons que l'art. 687 CCF fait une distinction entre les servitudes urbaines, établies pour l'usage des bâtiments, et rurales, relatives aux fonds de terre. Cette prescription n'a pas été reprise dans le Code vaudois car elle paraissait superflue. D'ailleurs, en France même, les auteurs s'accordent à dire que cet article est inutile pour la raison que les mêmes règles s'appliquent aux servitudes urbaines et rurales indifféremment [42].

[41] JT 1899 II p. 119: l'arrêt en question concernait un droit de passage. Cf. d'autre part l'art. 428 CCV: dans le cas des sources, la loi exige expressément que les ouvrages soient faits sur le fonds supérieur ou fonds d'émergence (fonds servant) par le propriétaire du fonds inférieur (fond dominant).

[42] DEMOLOMBE tome II p. 204: il faut rechercher l'origine de cette disposition dans le droit romain. Cf. encore BAUDRY-LACANTINERIE p. 812; ROGRON note ad art. 687; MARCADÉ p. 627; DEMANTE p. 601.

Chapitre II

COMMENT S'ÉTABLISSENT LES SERVITUDES

Paragraphe 1. Généralités

Le Code civil vaudois prévoit trois modes d'acquisition des servitudes: le titre, la prescription et la destination du père de famille.

Avant d'aborder plus en détail cette matière, il nous faut signaler les importantes modifications apportées par la loi sur l'inscription des droits réels immobiliers du 20 janvier 1882 [1]. En effet, cette loi dispose que tous les droits réels immobiliers, les servitudes y compris, doivent être inscrits au Registre Foncier, l'inscription étant devenue le seul mode valable de constitution et d'acquisition du droit réel. Il n'est plus possible, dès lors, d'acquérir une servitude par prescription, par contrat, par destination du père de famille. En conséquence, les art. 480 à 485 CCV furent abrogés dès l'entrée en vigueur de la loi précitée, soit à partir du 1er octobre 1886 [2]. Cette loi ne fut d'ailleurs pas introduite partout en même temps, le Conseil d'Etat étant habilité à en retarder ou à en accélérer la mise en vigueur, selon la rénovation des plans communaux [3]. Cette période transitoire est extraordinairement complexe, la législation applicable abondante. En effet, la

[1] ROLV 79 p. 20 ss art. 18 ss. Cette loi fut remplacée par une loi sur l'inscription des droits réels immobiliers du 11 mai 1897: ROLV 94 p. 185 ss.

[2] La date prévue pour la mise en application de cette loi fut modifiée à plusieurs reprises: cf. ROLV 79 p. 337, loi sur le cadastre du 30 août 1882, art. 115; ROLV 81 p. 61 loi du 9 mai 1884, art. 1; ROLV 83 p. 292, loi du 6 mai 1886, art. 1 et 8.

[3] Cf. ROLV 79 p. 374 ss: loi transitoire du 31 août 1882 pour la mise en vigueur de la loi sur l'inscription des droits réels immobiliers, art. 52. Cf. aussi JT 1910 II p. 136.

tâche à accomplir était énorme si l'on songe qu'il fallait non seulement inscrire les servitudes qui étaient nouvellement constituées, mais encore toutes celles qui avaient été créées antérieurement [4]. L'étude de cette matière sort du cadre de notre sujet [5]. Nous retiendrons seulement le fait que les articles que nous allons examiner maintenant ont cessé d'être en vigueur à la fin du siècle passé.

Paragraphe 2. L'acquisition des servitudes par prescription

Art. 480 CCV: « Les servitudes continues et les servitudes apparentes s'acquièrent par titre ou par la possession de trente ans ».

L'article correspondant du Code civil français est très proche, mais pas identique: « Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre, ou par la possession de trente ans » (art. 690 CCF).

L'article français ne laisse aucune équivoque; il déclare que seules les servitudes qui sont à la fois continues et apparentes peuvent s'acquérir par prescription. Le Code vaudois, lui, est moins clair. Au vu des travaux préparatoires [6] et de la jurisprudence [7], il semble qu'il y ait indubitablement une différence de fond et non seulement de forme. Guisan et Secrétan [8] sont aussi de cet avis. D'après ce dernier, le changement de rédaction eut lieu pour que l'on puisse acquérir par la prescription les servitudes discontinues apparentes, « comme un droit de passage ou de puisage s'exerçant par une porte destinée au maître dominant ». Pourtant cette formulation n'est pas très heureuse car « il en résulterait, toujours selon Secrétan, que des servitudes continues non apparentes pourraient s'acquérir par la pos-

[4] Cf. loi précitée du 31 août 1882 (note 3) art. 35 ss. Il était nommé une commission de servitudes par cercle. Cf. aussi ROLV 85 p. 47 ss: règlement du 31 mars 1888 pour la reconnaissance des servitudes.

[5] Voyez HEGG Louis: « Le cadastre vaudois » — Lausanne 1949 et « Etude sur le cadastre » — Thèse Lausanne 1923; BERDEZ Louis: « De la publicité du droit réel » — Thèse Lausanne 1866; FIAUX Louis: « Droits réels — Inscription des servitudes » — Lausanne 1889.

[6] ACV K VII a 3, 33: art. 594 du projet de Code civil imprimé en 1812: « Les servitudes continues et en même temps apparentes, et celles qui sont assimilées aux servitudes continues s'acquièrent... » Le texte final date de 1818.

[7] JT 1874 p. 491.

[8] GUISAN p. 607; SECRÉTAN p. 182 note ad art. 480.

session, ce qui ne saurait avoir lieu, puisque ce sont des servitudes négatives consistant dans des prohibitions ou défenses » (restriction de bâtir par exemple). Ainsi, la divergence entre les deux codes aurait été introduite avant tout pour permettre l'usucapion de droits de passage apparents, impossible en France. Le système préconisé par Secrétan est, en résumé, le suivant: sont prescriptibles les servitudes apparentes continues et les servitudes apparentes discontinues, alors que les servitudes continues non apparentes et les servitudes à la fois discontinues et non apparentes sont imprescriptibles. Le critère décisif est donc l'apparence. Ainsi, toutes les servitudes apparentes peuvent être acquises par la possession trentenaire, inversément toutes celles qui ne le sont pas doivent être acquises par titre.

Le Tribunal Cantonal, dans sa jurisprudence, n'a pas adopté la théorie défendue par Secrétan. Dans un arrêt du 1er juillet 1874 [9], il a jugé que l'art. 480 CCV n'exigeait pas la réunion de la continuité et de l'apparence pour l'acquisition des servitudes par prescription, mais qu'il suffisait de la continuité (il s'agissait en l'espèce de conduites souterraines). En revanche, à l'occasion d'autres procès, il fut déclaré que des servitudes de passage pouvaient être acquises par prescription, à condition d'être apparentes, alors même qu'il s'agissait de servitudes discontinues [10]. Il résulte de ces arrêts, qui ne sont d'ailleurs pas contradictoires mais complémentaires, que seules les servitudes non apparentes et discontinues, tel un droit de passage non apparent, sont imprescriptibles.

Cette interprétation n'est pas non plus satisfaisante. S'il est vrai qu'une conduite souterraine est prescriptible dans certaines circonstances, on peut douter qu'une restriction de bâtir le soit jamais. Nous voyons mal en effet comment le propriétaire d'un fonds grevé pourrait avoir connaissance du droit qui se prescrit contre lui, alors qu'il n'y a ni titre, ni aucun ouvrage extérieur pouvant conférer la moindre publicité à cette servitude. Il faut donc faire une distinction parmi les servitudes continues non apparentes, mais selon quels critères? Aux termes de l'art. 1638 CCV, pour bénéficier de la prescription, il faut avoir exercé une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire. C'est à la lumière de cet article, combiné avec l'art. 480 CCV qu'il faudra examiner

[9] JT 1874 p. 483 ss.
[10] JT 1899 II p. 120. Cf. encore JT 1869 p. 417; JT 1889 p. 455; JT 1890 p. 9 ss.

de cas en cas si la servitude est prescriptible ou non. D'après Secrétan [11], une possession est continue (à ne pas confondre avec une servitude continue), lorsqu'on use d'une chose, lorsqu'on jouit d'un droit par une série d'actes certains de possession [12], paisible si elle est acquise sans violence (cf. art. 1642 CCV), publique si elle a été ou pu être connue de celui contre qui on prescrit, en d'autres termes, si ce dernier est supposé avoir reconnu la juste détention du possesseur. Elle est non équivoque et à titre de propriétaire s'il apparaît clairement que l'on a joui de la chose pour soi-même et non pour autrui, pour la raison que ceux « qui possèdent pour autrui ne peuvent prescrire » (art. 1646 CCV) [13].

S'agissant d'une servitude continue non apparente, le danger est que le propriétaire du fonds grevé ne sache pas que son voisin est en train de prescrire un droit contre lui. Il est donc essentiel que la possession soit publique, alors même que la servitude ne serait pas apparente [14]. Dans le cas d'une conduite souterraine, on peut à la rigueur admettre qu'il a fallu poser les tuyaux dans le fonds d'autrui et que le propriétaire a ainsi pu prendre connaissance des intentions de son voisin; il peut d'ailleurs être au courant de ces ouvrages de bien d'autres manières, par des travaux d'entretien par exemple. En revanche, il est insoutenable de prétendre que l'on peut usucaper une restriction de bâtir ou n'importe quelle autre servitude négative [15], car l'exigence d'une possession publique, condition posée par

[11] SECRÉTAN p. 564 note ad art. 1638.

[12] *Ibidem*: la possession doit aussi être non interrompue. L'interruption provient du fait d'un tiers, la discontinuité de celui qui a commencé à posséder. Une citation en justice, par exemple, interrompt la prescription.

[13] Par exemple, l'usufruitier, le fermier, le locataire, le dépositaire... etc., jouissent pour autrui et ne peuvent acquérir la propriété de la chose qu'ils détiennent, même depuis plus de trente ans. En revanche, ils ne cessent jamais de représenter la personne pour laquelle ils possèdent et peuvent prescrire en sa faveur. Ainsi l'usufruitier peut user d'un passage apparent pendant trente ans et le prescrire valablement. Toutefois, le droit ainsi acquis sera rattaché à la propriété de l'immeuble (Secrétan p. 564 note ad art. 1638 et p. 566 note ad art. 1646 CCV). Exemple inverse: serait équivoque la possession exercée par le fermier du fonds prétendu asservi dans l'intérêt d'un fonds qui lui appartiendrait (Demolombe tome II p. 255).

[14] Ces deux termes ne sont pas synonymes, mais la possession de servitudes apparentes est présumée publique.

[15] Exception faite de la restriction de bâtir de l'art. 470 CCV qui est liée au droit de vue et qui bénéficie de son apparence et de sa continuité, la loi conférant d'ailleurs à cette servitude une publicité suffisante.

l'art. 1638 CCV, n'est jamais remplie avec ce genre de servitude. En effet, le prétendant à la servitude a toujours un comportement passif, le voisin ne peut donc en déduire aucune intention. Pour la même raison, on ne peut parler de possession continue, car on voit mal quels actes de possession celui qui aspire à la servitude pourrait accomplir [16].

Si nous essayons de résumer schématiquement le système qui fut vraisemblablement en vigueur au siècle passé, nous dirons, et sous réserve des conditions posées à l'art. 1638 CCV, que sont prescriptibles les servitudes apparentes continues (droit de vue, conduite aérienne), les servitudes apparentes discontinues (droit de passage apparent) et les servitudes continues non apparentes affirmatives (conduite souterraine). En revanche, les servitudes continues non apparentes négatives (interdiction de bâtir) et les servitudes discontinues non apparentes (droit de passage) sont imprescriptibles.

Le délai de trente ans de l'art. 480 CCV est repris du droit français, mais il correspond aussi aux anciens usages vaudois. Le Code d'Aigle [17] prévoyait une usucapion de trente ans pour toutes les servitudes. Les Loix et Statuts n'avaient pas de disposition particulière, mais Boyve dans son commentaire nous apprend que la prescription du « très long temps » permettait aussi d'acquérir les servitudes, en ajoutant toutefois : « pourvu que ce soit au vu et su du voisin » [18]. Quant aux Loix et Statuts de Payerne, ils exigeaient un délai de dix ans seulement [19]. Quoi qu'il en soit, il est certain que la prescription était admise comme mode d'acquisition des services fonciers. En outre, il n'était pas fait de distinctions entre les servitudes. Cependant, de la remarque de Boyve exigeant que l'usucapion se fasse au vu et au su du voisin il est permis d'inférer qu'il s'agissait de servitudes apparentes. La jurisprudence vient toutefois infirmer cette opinion. A la lumière de certains arrêts, il semble que l'on pouvait, avant 1821, prescrire des servitudes discontinues non apparentes, en particulier des

[16] On peut même se demander s'il est juste de parler de possession tout simplement, car une servitude négative ne peut être matérialisée. En fait, on ne peut jouir du droit qu'après l'avoir obtenu régulièrement, soit par titre.

[17] Code d'Aigle III, 3, 7.

[18] Boyve : « Remarques » p. 221 note ad loi II, part. II titre XII folio 287 des Loix et Statuts. *Idem* Boyve : « Commentaire du Plaict Général de Lausanne » p. 390 note ad loi 261.

[19] Loix et Statuts de Payerne V, 9, 10.

droits de passage [20]. Sur ce point, le système adopté par le Code civil vaudois serait à mi-chemin entre le Code Napoléon et les usages en vigueur à l'époque bernoise [21].

En 1821, au moment de la mise en application de la nouvelle législation, les servitudes valablement usucapées sous l'Ancien Régime ont subsisté lors même qu'elles auraient été imprescriptibles sur la base du nouveau droit. C'est ce qui ressort de l'art. 481 alinéa 2 CCV. Secrétan [22] remarquait, à propos de ces anciennes servitudes, que l'on risquait de ne pas savoir au bout de quelques années si la prescription était déjà acquise lors de la mise à exécution du code ou non [23]. Il conseillait alors au maître dominant de se procurer une reconnaissance écrite pour plus de sûreté. En revanche, si le délai de trente ans n'avait pas cessé de courir au 1er juillet 1821, mais que la prescription était seulement commencée, cette possession ancienne n'aurait pu être complétée par une possession interdite par le Code civil [24].

Enfin l'article 480 CCV ne détermine pas le point de départ du délai de prescription. Il nous semble que le délai de trente ans commence à courir dès que les ouvrages donnant à la servitude son caractère d'apparence

[20] Arrêt de la Cour de cassation civile du 22 janvier 1852 (non publié dans le Journal des Tribunaux): Archives du Tribunal Cantonal, registre civil nº 24 p. 168 ss. Dans cet arrêt, la Cour appliqua le droit antérieur à un passage qui avait été exercé, avant 1821, pendant plus de trente ans. Bien que non apparent, le passage fut considéré comme acquis par prescription: « Considérant que, d'après les Coutumes du pays, sous l'empire desquelles les immeubles sus-mentionnés se sont trouvés jusques à l'année 1825, l'acquisition d'un droit de passage sur un immeuble avait lieu par la prescription soit par la possession pendant trente années de l'usage du passage, sans qu'il fût nécessaire que la servitude se manifestât par sa continuité ou par son apparence... » Cet arrêt s'appuyait sur la loi II, 15, 1 al. 5, folio 295 des Loix et Statuts. Toutefois cette disposition légale est conçue en des termes trop généraux, à notre avis, pour donner un fondement suffisant à la règle invoquée par la Cour de cassation. Il faut regretter que l'arrêt n'ait pas été plus explicite sur ce point. Cf. également JT 1865 p. 775 ss spéc. p. 781; JT 1867 p. 711 ss, où la même règle est réaffirmée.

[21] Secrétan p. 182 note ad art. 481 : le CCV n'a pas voulu attribuer de l'importance à des actes discontinus et non apparents, actes équivoques et admis souvent à bien plaire.

[22] Secrétan p. 182 note ad art. 481.

[23] Le Droit, recueil des jugements tendant à fixer la jurisprudence dans le canton de Vaud — Lausanne 1839 — tome I p. 76 : Le Tribunal d'Appel admit la preuve par témoin pour déterminer si les trente ans avaient été écoulés avant la promulgation du CCV.

[24] JT 1867 p. 711 ss, spéc. p. 715. Cf. encore Secrétan p. 182 note ad art. 481. Cf. aussi art. 1683 CCV.

sont suffisamment manifestes [25] ou dès le moment où le propriétaire du fonds servant a pris ou est censé avoir pris connaissance qu'une servitude se prescrivait contre lui, au cas où il s'agirait de servitudes non apparentes [26], à condition toutefois que la possession soit dès le début conforme à l'art. 1638 CCV, à savoir continue, non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire [27].

Paragraphe 3. L'acquisition des servitudes par titre

En corrélation avec l'art. 480 CCV, l'art. 481 dispose que:

« Les autres servitudes ne peuvent s'acquérir que par titres.

La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir; sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession ».

Nous venons de déterminer la portée de l'art. 480 CCV concernant les servitudes prescriptibles. Il est donc aisé, par opposition, de délimiter l'étendue de l'art. 481 qui touche toutes les autres servitudes. De même, l'art. 691 CCF s'articule-t-il sur l'art. 690 CCF pour le compléter; il est par conséquent conçu d'une manière différente de l'art. 481 CCV: « Les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titres... ». Le second alinéa de cette disposition est quasiment le même dans les deux codes, à cette différence près que les derniers mots de l'article français n'ont pas été repris [28]. Pour le reste, nous renvoyons au paragraphe précédent où nous avons brièvement traité le problème de la prescription et du droit transitoire.

[25] Il faut d'autre part qu'ils soient suffisants pour permettre l'exercice de la servitude.

[26] Par exemple: travaux faits au vu de tout le monde ou en présence du propriétaire du terrain asservi.

[27] Art. 1641 CCV: les actes de pure faculté et de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession, ni prescription. JT 1899 II p. 122: « Il faut, pour qu'une servitude de passage puisse s'acquérir par prescription, qu'elle soit pratiquée d'une manière continue et non pas seulement à certaines époques de l'année, et à titre de propriétaire, et non en vertu de permission du propriétaire du fonds prétendu servant ». Cf. aussi *supra* p. 159-160 analyse de l'art. 1638 CCV.

[28] Art. 691, 2 CCF: « La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir, sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière ».

Il faut nous pencher maintenant sur ce que la loi appelle des titres. Ce terme doit être compris dans son sens large. Il englobe toutes les sortes de contrats, y compris les donations, ainsi que les testaments et les jugements. La forme de ces actes est la forme authentique. En effet l'art. 808 CCV [29] exige que tout contrat ayant pour objet la propriété d'un immeuble ou un droit sur un immeuble soit passé devant notaire [30]. Néanmoins, il y a des exceptions à cette règle. Un testament olographe, un jugement ne sont pas des actes notariés; de même il n'est pas nécessaire de recourir à un notaire pour la constitution d'un passage nécessaire par exemple [31]. En France, au contraire, l'acte authentique n'est pas exigé et Demante affirme même qu'une convention à titre onéreux pourrait être purement verbale [32]...

Si l'on examine les actes de la pratique, on rencontre des constitutions de servitudes dans des actes de toute espèce. Il en existe un grand nombre (environ les deux cinquièmes) dans des contrats intitulés « Convention » ou « Concession », dont le but principal est justement la création d'une servitude. On en trouve, dans une proportion comparable, dans des ventes ou des échanges de terrains, la servitude étant alors un accessoire du contrat principal. Un peu moins du sixième a été créé à l'occasion de partages successoraux, le reste étant réparti entre des transactions, cessions de parts d'héritages, donations, etc. [33]

Notre recherche a porté sur les registres de 33 notaires, pris dans 11 districts différents, et en moyenne sur une période de 8-10 ans pour chacun d'eux, tantôt le début d'une carrière, tantôt la fin [34]. La fréquence

[29] Actuellement, l'art. 732 CCS n'exige que la forme écrite. En revanche, selon l'art. 680, 2 CCS, les restrictions légales à la propriété foncière ne peuvent être supprimées ou modifiées que par un acte authentique et une inscription. Cf. aussi art. 142 LVCC (même règle).

[30] JT 1865 p. 409: « Une servitude ne peut être établie que par acte notarié ». JT 1873 p. 387.

[31] En réalité, le cas du passage nécessaire est un peu particulier, car la servitude tire son existence du texte légal et non d'une convention: elle existe indépendamment de tout contrat et est supposée assez manifeste pour ne pas faire l'objet d'un acte authentique. Cf. *supra* p. 137 ainsi que p. 65 note 24.

[32] Demante p. 602; *idem* Demolombe tome II p. 223.

[33] Nous avons laissé de côté les actes pour cause de mort.

[34] Les périodes sur lesquelles notre investigation a été la plus poussée sont en gros 1823 à 1827; 1851 à 1856; 1866 à 1870. Nous avons pris pour base de travail 720 actes. Certains prévoient la création de plusieurs servitudes, nous avons ainsi recensé plus de 1100 droits distincts, sans compter ceux qui étaient trop peu intéressants pour être relevés.

des actes constitutifs de servitudes varie grandement. Le maximum rencontré est de 12 actes en une année, alors que la moyenne se situe entre 4 et 5. Parmi les droits que nous avons relevés, un peu moins du tiers (28 %[35]) concerne les eaux: droits de fouille, de prise d'eau, fontaines, égouts, conduites, sources etc., ensuite viennent les servitudes de passage (25 %), après eux, les actes constitutifs de droits de vue (17 %), puis un peu moins courants les actes concernant la mitoyenneté, les murs, les haies, les fossés (12 %), enfin, dans une proportion semblable, des servitudes telles que les restrictions de bâtir, les interdictions d'élever les bâtiments au-delà d'une certaine hauteur, les servitudes d'appui, d'empiétement, etc. (10 %) et plus rarement encore les actes ayant trait aux plantations (4 %) et aux propriétés par étages (3 %), le reste étant inclassable.

Il est intéressant, par ailleurs, de remarquer que le 14 % environ de tous ces droits ont été constitués à bien plaire. La servitude ainsi créée n'existe que précairement, le propriétaire du fonds grevé se réservant le droit d'empêcher son exercice quand bon lui semblera. Nous avons déjà eu l'occasion de signaler la fréquence de tels actes à propos des vues et aussi à propos des droits accordés aux particuliers sur le domaine public[36]. Essayons d'en déterminer les causes principales. Concernant les droits de vue, l'importance de ces actes à bien plaire s'explique aisément par le fait que l'on veut éviter à tout prix l'application de l'article 470 CCV. En effet, la restriction de bâtir prévue par cette disposition accompagne automatiquement toute servitude de vue valablement constituée et représente une charge excessivement lourde. D'autre part, les « précaires » semblent plus fréquents dans certaines régions, les districts d'Aigle et de Vevey par exemple, où l'usage local est favorable à des conventions de cette nature. Enfin, il ne faut pas minimiser non plus l'esprit conservateur et indépendant de bien des paysans qui veulent préserver leurs propriétés intactes et un maximum de liberté.

L'analyse des actes authentiques relatifs aux servitudes nous amène à tirer quelques conclusions générales sur la pratique notariale au siècle passé. Si, à première vue, la manière de rédiger est assez semblable d'un notaire à l'autre, si les formules utilisées sont très proches, il apparaît lors d'un examen plus attentif que certains d'entre eux sont d'une clarté et

[35] Ces chiffres ne sont pas absolus, mais donnent seulement un ordre de grandeur.

[36] Cf. *supra* p. 126-127 et p. 18. Le 45 % environ de tous les actes à bien plaire concerne les vues.

d'une précision exemplaires, alors que d'autres sont plus verbeux et beaucoup moins rigoureux [37].

Chacun a ses habitudes et ses expressions propres. On rencontre souvent chez un même notaire des formules-types réutilisées plus ou moins fidèlement d'un acte à l'autre. Par exemple, à la fin d'un acte de vente, on peut trouver la phrase suivante « ... et l'acquéreur devient, dès ce moment, propriétaire du bois ci-devant désigné et limité, avec tous les droits quelconques qui en dépendent [38] »; ou bien « les immeubles parviennent aux copartageants avec leurs servitudes actives et passives, leurs appartenances et dépendances quelconques, comme l'auteur les possédait elles-mêmes [39] »; ou encore « les droits de passage pour déflorage et inflorage sont réciproquement réservés pour en jouir comme du passé par le moins dommageable [40] ». De telles clauses font aujourd'hui sourire, car elles sont beaucoup trop vagues. Il aurait mieux valu énumérer précisément tous les droits grevant le fonds en question ou existant en sa faveur, ou ne rien dire du tout. Toutefois, il faut admettre que pour le notaire, il existait un risque sérieux d'oublier un ou plusieurs droits et il paraissait effectivement plus sage de se contenter d'une formule évasive que de prétendre établir une liste exhaustive. Cela peut s'expliquer aussi par le fait que les registres des servitudes sont apparus à la fin du siècle seulement, lors de la mise en vigueur de la loi sur l'inscription des droits réels immobiliers du 20 janvier 1882 et que jusque-là il n'existait aucun moyen de contrôle efficace.

Nous avons déjà eu l'occasion de le relever à propos de l'art. 477 CCV, certains notaires, surtout avant 1837, avaient la fâcheuse habitude de ne pas désigner les fonds dominants. Une telle pratique était, nous l'avons démontré, dangereuse et contraire à la loi. En revanche, la désignation des parties, ainsi que celles des mandataires et de leurs mandants a toujours été correcte et suffisamment explicite. On peut d'autre part regretter l'absence quasi-

[37] D'autre part, Bianchi (p. 47) nous apprend que si certains actes étaient incomplets, c'était pour la raison que les clients faisaient pression auprès du notaire pour qu'il rédige l'acte le plus court possible. En effet, jusqu'à la loi de 1836, les notaires appliqueront les tarifs fixés dans les anciens coutumiers, d'après lesquels il était perçu un émolument supplémentaire pour chaque clause, article ou condition d'un acte (Loix et Statuts III, 24, 2, folio 493).

[38] ACV notaire François Dupraz, Vevey, registre 10 p. 291 : Acquis du 29 sept. 1846.

[39] ACV notaire Charles Chevallaz, Lausanne, registre 2 p. 143 : Partage du 27 mai 1863.

[40] ACV Dh 5 registre 6 p. 384 : Partage du 25 avril 1826 — François Golay, notaire au Sentier, district de la Vallée.

générale de renvois à des textes légaux, ce qui aurait beaucoup facilité l'interprétation des actes les plus obscurs. Quant aux détails pratiques relatifs à l'exercice de ces servitudes, il y a des différences notables d'un acte à l'autre. Les uns sont très précis: délimitation de la situation et de la dimension de fenêtres au centimètre près, passages clairement déterminés: largeur, tracé, période d'utilisation etc. [41], alors que d'autres, plus nombreux, sont beaucoup plus vagues, la situation étant claire pour tous les contractants au moment de l'acte et ne nécessitant pas d'explications supplémentaires:

« Partage » du 23 août 1823 fait par le notaire Eugène Dupuy de Lausanne [42]:

« B) Portion du sieur Jean-Louis Capt:

... 4) Vers la maison, une chenevière d'environ trois fossoriers, limitant d'orient le jardin du copartageant, d'occident le champ de Georges Corbaz, du nord la terre du dit sieur Jean-Louis Capt et du midi celle de Jean-Louis Duperret. Il est réservé que pour la dévestiture de cette chenevière, le dit sieur Capt aura un libre passage sur le terrain de son frère à prendre par le plus court chemin ».

Voici un autre exemple:

« Les passages d'infloration et de défloration sont réservés partout où ils sont nécessaires » [43].

On peut imaginer la difficulté qui se présentera, trente à quarante ans après la passation de ces actes, pour déterminer les fonds dominants et servants de telles servitudes. Les propriétaires ne seront plus les mêmes, les fonds auront changé de destination et le problème ne sera résolu qu'après de minutieuses recherches. Il eût été bien préférable d'être plus précis en rédigeant afin d'éviter des complications futures et d'éventuelles chicanes.

Une autre pratique critiquable rencontrée quelquefois consiste à vendre une servitude indépendamment du fonds en faveur duquel elle est constituée. Exemple: le fonds de A est titulaire d'une servitude sur le fonds de B. A désire transmettre son droit à C. Il faudra par conséquent procéder

[41] ACV notaire Louis Bryand, Nyon, registre 9 p. 139: Echange du 19 déc. 1867. ACV notaire Abram Apothéloz d'Onnens, district de Grandson, registre 5 p. 387: Concession du 19 déc. 1853.

[42] ACV Dg 103 registre 2 p. 287 ss.

[43] ACV Dl 21 registre 1 p. 173: Partage du 16 avril 1824 — Frédéric Comte, notaire à Lucens, district de Moudon.

en deux temps: a) éteindre la servitude du fonds de A sur fonds de B; b) constituer une nouvelle servitude en faveur du fonds de C sur fonds de B. En revanche, il serait faux de céder directement la servitude foncière du fonds de A au fonds de C, même si B donne son accord. On peut le constater, il y a parfois de gros écarts entre la théorie et la pratique, et même si de tels actes sont rares, certains notaires n'ont pas hésité à en passer [44]. Cela démontre une fois de plus que les principes fondamentaux régissant les servitudes foncières étaient mal assimilés, même par des professionnels [45].

La jurisprudence a eu l'occasion de poser certains principes au sujet de l'interprétation de ces actes constitutifs. En règle générale, c'est le titre constitutif seul qui fixe les limites du droit concédé. L'art. 835 CCV dispose en effet que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Dès lors, le « propriétaire dominant ne peut modifier les conditions d'exercice de la servitude contrairement au titre, alors même qu'il n'est établi, ni même allégué que ces modifications ont pour conséquence d'aggraver la situation du fonds servant » [46]. En outre, « les clauses obscures d'un acte doivent s'expliquer d'après l'ensemble et d'après la commune intention des parties telle qu'elle ressort des circonstances qui ont accompagné sa rédaction » [47]. D'autre part, les servitudes ne doivent pas être interprétées extensivement, mais il faut s'en tenir à l'intention que paraissent avoir eue les parties contractantes [48]. Dans le doute, conformément à l'art. 862 CCV, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation, à savoir en faveur du propriétaire du fonds servant [49].

[44] ACV Dl 21 registre 1 p. 269: Concession du 22 avril 1825 — Frédéric Comte, notaire à Lucens, district de Moudon. ACV De 56 registre 3 p. 361: Concession du 27 janvier 1825 — Louis Ropraz, notaire à Poliez-le-Grand, district d'Echallens.

[45] Dernière remarque sur ces actes notariés: la contrepartie de la servitude n'est quasiment jamais concédée en nature, mais toujours en espèces, à moins qu'il n'y ait échange. Toutefois, dans certains cas, il y a lieu à payer des soultes ou « tornes ». De même dans le cas de partages, les servitudes sont accordées sans compensations précises, celles-ci étant comprises dans les modalités du partage.

[46] JT 1901 II p. 227.

[47] JT 1901 II p. 80.

[48] JT 1885 p. 16.

[49] JT 1911 II p. 73. Cf. autres décisions sur des cas concrets: JT 1864 p. 154; JT 1872 p. 439; JT 1874 p. 902 (résumé); JT 1885 p. 533: arrêts relatifs à des droits de passage, servitudes d'égouts, servitudes interdisant des industries ou des établissements insalubres.

Pour conclure, signalons deux dispositions du Code civil vaudois relatives au droit de la vente et qui touchent à notre sujet. Art. 1156 CCV: « Quoique, lors de la vente, il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou de charges prétendues sur cet objet, et non déclarées ou non évidentes lors de la vente ». Ce principe général est complété par l'art. 1168 CCV: « Si le fonds vendu se trouve grevé de servitudes non apparentes, sans qu'il en ait été fait de déclaration et que ces servitudes soient de telle importance qu'il y ait lieu de présumer que l'acquéreur n'aurait pas acheté s'il en avait été instruit, il peut demander la résiliation du contrat, si mieux il n'aime se contenter d'une indemnité... » Il est entendu que s'il s'agit de servitudes non apparentes qui ne seraient pas assez importantes pour demander la résiliation du contrat, une indemnité n'en serait pas moins due conformément à l'art. 1156 CCV [50]. Ainsi, le Tribunal d'Appel décida qu'une servitude d'égout non-apparente devait être déclarée par le vendeur de l'immeuble asservi à peine de dommages-intérêts, l'indemnité étant calculée d'après les inconvénients et la dépréciation résultant de la servitude [51]. Il fut aussi jugé qu'une garantie était due dans l'hypothèse où le vendeur n'aurait pas déclaré la nature précaire d'ouvertures existant en faveur des immeubles vendus [52].

A ce sujet, les notaires ont toujours eu une attitude très prudente. Bien que certaines clauses garantissent l'absence de servitudes connues sur le fonds vendu, nous n'avons pas trouvé d'actes où cette garantie soit absolue. En l'absence de tout registre de contrôle, il est compréhensible que les notaires n'aient pas osé prendre ce risque: « Avec ces immeubles, tous leurs droits, le vendeur les garantissant francs et libres de toutes hypothèques et de toutes servitudes telles que jours de fenêtres, droits de vue et portes de communication qui auraient été établies récemment par lui, c'est-à-dire depuis qu'il avait acquis la maison Perceret-Develey et était devenu propriétaire des deux maisons [53] » ou alors « Le vendeur ne connaissant aucune

[50] SECRÉTAN p. 420 note ad art. 1168.

[51] Le Droit, recueil des jugements tendant à fixer la jurisprudence dans le canton de Vaud — année 1842 — tome IV p. 92. Cf. aussi Journal de Jurisprudence et des tribunaux vaudois tome I — année 1843 — p. 197 ss; tome II — année 1844 p. 141 ss; JT 1906 II p. 99.

[52] Journal de Jp et revue des tribunaux vaudois tome III — année 1845 — p. 410.

[53] ACV notaire Gabriel Bertsch, Yverdon, registre 3 p. 50: Acquis du 14 juin 1859.

servitude sur ces immeubles n'en indique aucune ; on ne pourra lui intenter d'action à cet égard. [54] » D'autre part, certains actes renferment des clauses de non-garantie : « L'immeuble sera transmis avec tous ses droits quelconques, tel que les vendeurs en ont joui, sans garantie pour les servitudes tant actives que passives qui peuvent exister, non plus que pour la contenance indiquée au cadastre [55]. » Enfin bien souvent, les contrats ne stipulent rien de particulier à ce sujet, les vendeurs restant tenus à garantie conformément aux art. 1156 ss CCV.

Paragraphe 4. L'acquisition des servitudes par la destination du père de famille

I. Les art. 482 et 483 CCV

Ces deux dispositions définissent la destination du père de famille et déterminent dans quels cas elle permet d'acquérir une servitude sans recourir à un titre, ni à la prescription trentenaire [56] :

Art. 482 CCV : « La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes » (= art. 692 CCF).

Art. 483 CCV : « Il n'y a destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude » (= art. 693 CCF).

La destination du père de famille est, d'après une définition donnée par Pardessus [57], « la disposition ou l'arrangement que le propriétaire de plusieurs fonds a fait pour leur usage respectif... Si, par la suite, ces fonds viennent à appartenir à différents maîtres, soit par l'aliénation, soit par la

[54] ACV notaire Auguste Magnenat, Orbe, registre 5 p. 160 : Acquis du 27 janv. 1853.

[55] ACV notaire Aimé Cuénod, Vevey, registre 17 p. 179 : Promesse de vente du 31 mars 1866 et registre 17 p. 251 : Partage du 16 juin 1866. De telles réserves sont licites, sauf si le vendeur est de mauvaise foi : cf. Secrétan p. 417 note ad art. 1158.

[56] ROLV 94 p. 197 : Loi sur l'inscription des droits réels immobiliers du 11 mai 1897, art. 21 : « Le propriétaire de deux fonds qui veut établir entre eux un rapport de dépendance peut par acte authentique et moyennant inscription constituer sur l'un des fonds, pour l'usage et l'utilité de l'autre, une servitude pour le moment de leur séparation. L'inscription sera opposable aux tiers dès sa date ». Cf. aussi art. 733 CCS : « Le propriétaire de deux fonds a le droit de grever l'un de servitudes en faveur de l'autre ».

[57] PARDESSUS p. 430.

disposition qu'en ferait le propriétaire, soit par un partage entre ses héritiers, le service que l'un tirerait de l'autre, qui était simple destination du père de famille lorsqu'ils appartenaient au même, devient servitude, une fois que les objets passent dans les mains de deux propriétaires différents ».

Cette institution était-elle connue sous l'Ancien Régime? Nous n'avons pas de données suffisantes nous permettant de trancher dans un sens ou dans l'autre. En effet, nous n'avons pas trouvé de dispositions légales traitant de ce sujet dans les coutumiers en vigueur dans le Pays de Vaud [58]. Lors de l'élaboration du code civil vaudois les art. 482 et 483 CCV ont été repris intégralement du code français sans aucun commentaire. N'y aurait-il pas eu discussions ou oppositions si cette institution avait été tout à fait nouvelle [59]?

L'expression « père de famille » est archaïque. Il faut l'entendre au sens de propriétaire des deux fonds en cause. La jurisprudence a d'ailleurs eu l'occasion de se prononcer à ce sujet: « l'indivision peut être un « père de famille », car juridiquement, le sens des mots père de famille employés dans ces dispositions du code civil n'est autre que celui des termes de propriétaires d'héritages. [60] »

Selon l'art. 482 CCV, la destination du père de famille est assimilée aux titres s'il s'agit de servitudes continues et apparentes. Cette disposition s'harmonise assez mal avec l'art. 480 CCV qui n'exige pas la réunion de ces deux conditions, mais admet la prescription pour les servitudes continues ou apparentes [61]. En France, au contraire, il existe un parallélisme entre l'art. 690 et l'art. 692 CCF. Néanmoins, c'est le texte légal qu'il faut respecter, même si ce parallélisme n'existe pas dans le code civil vaudois. Il en résulte que la destination du père de famille ne pourra être invoquée dans le cas d'un passage, fut-il apparent, pour la raison qu'il n'est pas continu. Elle

[58] L'art. 261 du Plaict Général de Lausanne permettait bien la création de servitude par testament, mais il ne s'agissait pas de la destination du père de famille au sens du Code civil vaudois. Cf. aussi JT 1867 p. 590: « Ni le CCV, ni le Plaict Général ne consacrent la destination du père de famille pour les servitudes apparentes, mais discontinues ».

[59] Demolombe tome II p. 305: les Romains ne semblaient pas l'avoir admise comme mode d'établissement des servitudes. En France, elle était inconnue dans les pays de droit écrit. En revanche, dans certains pays de coutume, elle était admise plus ou moins largement. Or le Pays de Vaud était pays de coutume...

[60] JT 1853-4 p. 422.

[61] Cf. *supra* p. 158 ss sur la portée de l'art. 480 CCV.

serait, en revanche, applicable dans l'hypothèse où un propriétaire établirait un aqueduc pour conduire l'eau d'un étang ou d'une fontaine dans une prairie qu'il veut arroser, ou si, possédant deux maisons, il aménageait des ouvertures de telle sorte que l'une ait sur l'autre un droit de vue [62].

Ces articles ne furent pas interprétés différemment par le Tribunal Cantonal, qui déclara que la destination du père de famille ne valait titre que pour des servitudes à la fois continues et apparentes [63]. Il fut jugé en particulier que, même si une servitude de passage pouvait dans certains cas être apparente, elle ne saurait pour autant être considérée comme continue et que dès lors, la destination du père de famille était impossible [64].

Pour que la servitude soit valablement constituée, il faut, indépendamment de cette exigence de continuité et d'apparence, que soient remplies les deux conditions suivantes: a) que les deux fonds actuellement divisés aient appartenu au même propriétaire, b) qu'ils aient été mis par lui dans l'état où ils sont. La preuve à rapporter est donc double. La question reste de savoir quel mode de preuve il faut utiliser. En France, la doctrine dominante semble admettre tous les moyens de preuve sans distinction [65]. En effet, l'art. 693 CCF (= art. 483 CCV) n'indique que les faits à prouver, sans imposer un mode de preuve particulier. Les travaux préparatoires du Code civil vaudois ne nous fournissant aucune indication sur ce point particulier, il se justifie d'interpréter cet article au sens où l'on entend en France. Citons encore à ce propos la remarque de Secrétan [66]: « D'après l'art. 483 celui qui prétend que la servitude existe doit prouver 1) que les deux fonds ont appartenu au même propriétaire, 2) que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude. Mais il suffit, quant à ce dernier point, qu'il soit prouvé que les choses étaient dans le même état avant la séparation. En effet, personne d'autre que le propriétaire des deux immeubles n'a pu avoir fait cet établissement, et à supposer qu'il existât déjà avant la réunion des fonds, il y aurait également servitude... La preuve peut se faire par des témoins, parce qu'il s'agit d'un fait qui n'est guère susceptible d'être constaté par écrit ».

[62] Secrétan p. 183 note ad art. 483.

[63] JT 1872 p. 441.

[64] JT 1887 p. 228.

[65] Demolombe tome II p. 311; Demante p. 608; Marcadié p. 631; Toullier p. 451 ss; Rogron note ad art. 693 CCF; Planiol-Ripert-Picard p. 947. Opinion contraire: Pardessus p. 433.

[66] Secrétan p. 183 note ad art. 483.

II. Art. 484 CCV

L'art. 484 CCV a aussi trait à la destination du père de famille. Il s'agit d'une disposition assez obscure qui a donné lieu à plusieurs interprétations différentes et suscité, en France, une grande controverse:

« Si le propriétaire de deux fonds entre lesquels il existe un signe apparent de servitude, dispose de l'un des fonds sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné, ou sur le fonds aliéné » (Cf. art. 694 CCF[67]).

D'après les art. 482 et 483 CCV, il faut que la servitude soit à la fois continue et apparente, pour qu'elle puisse s'établir par la destination du père de famille. Or l'art. 484 CCV se contente, au contraire, de l'existence d'un signe apparent, sans exiger la continuité. Comment concilier ces trois dispositions? Certains auteurs français[68] estiment que l'art. 694 CCF (art. 484 CCV) ne s'applique pas aux servitudes apparentes et non continues; il ne s'agirait que d'un cas d'application de l'art. 692 CCF (art. 482 CCV) et exigerait comme lui continuité et apparence. Cette thèse n'est pas satisfaisante, car elle présuppose une omission dans le texte légal, alors qu'il n'est pas du tout prouvé que ce soit le cas. Si l'on admet que cette antinomie n'est pas fortuite, il faut reconnaître que l'art. 482 et l'art. 484 CCV s'appliquent à des hypothèses différentes.

Parmi toutes les théories développées à ce sujet, il semble qu'il n'y en ait plus que deux à avoir encore des partisans à la fin du siècle. La première, défendue par Marcadé[69] notamment, a été résumée par Baudry-Lacantinerie[70] de la façon suivante: « Lorsque le propriétaire de deux fonds crée entre eux un rapport qui constituerait une servitude si les deux fonds appartenaient à deux propriétaires différents, il faut, pour que cet état de choses engendre une servitude quand les deux fonds seront séparés, que le rapport établi ait les caractères d'une servitude continue et apparente. Ce premier cas est prévu par les art. 692 et 693 CCF (art. 482 et 483 CCV). L'art. 694, au contraire, vise l'hypothèse où une servitude existant entre deux fonds s'est éteinte par la réunion de ces deux héritages dans les mêmes

[67] Seule différence: « fonds » remplace « héritage ».

[68] Toullier p. 457 ss; Rogron note ad art. 694 CCF.

[69] Marcadé p. 633 à 636. L'auteur rejette la théorie défendue par Duranton à laquelle se réfère Secrétan aux pages 183-4, note ad art. 484 de son commentaire sur le CCV.

[70] Baudry-Lacantinerie p. 851.

mains (cf. art. 705 CCF = art. 495 CCV), et résout la question de savoir si cette servitude, en supposant que le propriétaire ait maintenu les choses en l'état, revivra au moment où les fonds viendront à être séparés. Il décide que la servitude revivra par la destination du père de famille, sous la seule condition d'être apparente, fût-elle discontinue. En d'autres termes, pour qu'une servitude puisse être établie par la destination du père de famille, la loi exige que cette servitude soit à la fois continue et apparente, si le rapport entre les deux fonds a été créé par le propriétaire des deux immeubles, et seulement apparente quand le rapport a été simplement maintenu par lui. Ou, si l'on veut, l'art. 692 est relatif à l'établissement et l'art. 694 au rétablissement d'une servitude par la destination du père de famille. » Ce système n'est pas très convaincant. « Qu'importe en effet que le rapport d'où résulte la servitude ait été créé ou simplement maintenu par le propriétaire des deux fonds? Et si le rapport créé par le propriétaire ne peut fonder qu'une servitude continue et apparente, comment expliquer que le rapport maintenu par lui puisse servir de fondement à une servitude qui est apparente sans être continue? [71]. » Cette interprétation trouve pourtant un certain appui sur le texte légal. En effet, l'article stipule que la servitude « continue d'exister ». Ce n'est toutefois pas un argument décisif, car si la servitude est éteinte par confusion lors de la réunion des fonds, elle ne peut que naître ou renaître lors de la séparation et il est faux de dire qu'elle « continue d'exister »; par conséquent, l'énoncé de l'art. 484 CCV ne suffit pas pour donner un fondement solide à cette théorie. D'autre part, cette doctrine impose une preuve que l'art. 484 ne prévoit nullement et qui est par ailleurs difficile à rapporter, à savoir que la servitude avait une existence légale avant la réunion des deux fonds dans la même main.

Pour toutes ces raisons, la majorité des auteurs et la jurisprudence française ont rejeté cette première théorie pour en adopter une seconde plus convaincante [72]: « Lorsqu'un propriétaire a créé ou maintenu, entre deux fonds à lui appartenant, un rapport qui constituerait une servitude si les immeubles appartenaient à deux personnes différentes, la question qui se pose, lorsque ces deux fonds sont séparés, est celle de savoir si les parties ont entendu que cet état de chose continuât et que, par conséquent, l'un des deux fonds fût désormais en état de servitude par rapport à l'autre.

[71] *Ibidem* p. 853.

[72] *Ibidem* p. 853-854. Cf. aussi COLIN-CAPITANT p. 193; DEMOLOMBE tome II p. 327; DEMANTE p. 609-610.

Notre code établit à cet égard la distinction suivante : s'agit-il d'une servitude continue et apparente ? Après la séparation des héritages, elle sera considérée comme établie par la destination du père de famille, à moins qu'il ne soit prouvé que le titre contienne une clause contraire. Celui qui invoque la servitude n'aura donc aucune preuve à faire, et par conséquent il ne sera pas tenu de représenter le titre en vertu duquel la séparation des héritages a été opérée. Ce sera à l'adversaire à produire ce titre s'il y a lieu et à prouver qu'il contient une clause contraire au maintien de la servitude. Ce premier cas est prévu par les art. 692 et 693 (art. 482 et 483 CCV). S'agit-il au contraire d'une servitude qui est apparente seulement sans être continue ? La destination du père de famille ne vaudra titre qu'à la condition que le « contrat ne contienne aucune convention relative à la servitude » (694) ; ce contrat devra donc nécessairement être représenté pour permettre de savoir s'il contient ou non quelque clause sur la servitude. Le silence gardé lors de la rédaction de l'acte, en présence du signe apparent de la servitude, fait disparaître le doute que pouvait soulever son caractère discontinu ; si l'on n'avait pas voulu consentir à l'établissement de la servitude, on aurait pris soin de le dire expressément dans l'acte qui constate la séparation des héritages ».

Cette seconde thèse nous semble conforme aux textes légaux et aux principes généraux. Elle nous paraît applicable dans le canton de Vaud, étant donné que les prescriptions en la matière y sont identiques. La jurisprudence n'a pas eu l'occasion de se prononcer à ce sujet, sauf dans un arrêt du 14 août 1867 où le Tribunal Cantonal a déclaré simplement que l'art. 484 CCV établissait une servitude spéciale différente de celle résultant de la destination du père de famille des art. 482 et 483 CCV et qu'il n'exigeait pas que la servitude existât déjà avant la réunion des fonds dans la même main [73]. En l'espèce la cause était régie par la législation antérieure au CCV et dès lors, l'art. 484 CCV était étranger à la contestation. Il est à regretter qu'en cette circonstance, la Cour de Cassation Civile n'ait pas expliqué davantage le sens qu'elle donnait à cet article [74].

[73] JT 1867 p. 593 : cet arrêt semble ainsi rejeter la théorie défendue par Marcadé.

[74] Cf. JT 1889 p. 789 : dans cet arrêt, le Tribunal civil du district d'Aigle a appliqué l'art. 484 CCV sans faire aucune allusion à la destination du père, sans expliquer davantage cette disposition. Les conditions de l'art. 484 CCV étaient remplies dans le cas particulier, et il fut appliqué sans autre commentaire. Faute de recours, le Tribunal Cantonal ne fut pas saisi de l'affaire. Mais l'application faite par le Tribunal d'Aigle ne contredit en aucun point la théorie que nous avons adoptée.

Paragraphe 5. L'article 485 CCV

L'art. 485 CCV complète ce chapitre sur l'acquisition des servitudes foncières. Il est conçu en ces termes:

« Le titre constitutif de la servitude, à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne peut être remplacé que par un titre récognitif de la servitude, et émané du propriétaire du fonds asservi» (= art. 695 CCF).

Cette disposition s'applique au cas où le titre constitutif de la servitude est perdu, détruit ou disparu de toutes autres manières, ou bien, si, à l'occasion d'une vente immobilière, le vendeur ne l'a pas remis à l'acquéreur. Si la servitude est prescriptible, la possession trentenaire peut suppléer au titre; au contraire, si elle est imprescriptible, un titre est indispensable. Il faut donc s'en procurer un nouveau auprès du propriétaire du fonds servant [75]. Cette règle ne nous apprend rien d'inédit et Baudry-Lacantinerie [76] va même jusqu'à dire qu'elle est superflue.

Une question surgit pourtant: quelle forme doit prendre cet acte récognitif? Nous n'avons rencontré qu'exceptionnellement des actes de ce type dans nos dépouillements des archives notariales [77]. Est-ce à dire que de telles reconnaissances ont été faites sous seing privé, la forme authentique n'étant pas jugée indispensable? Cette hypothèse est plausible. Rien ne nous interdit en effet d'admettre la forme écrite pour les actes récognitifs, la loi imposant la forme notariée pour les actes constitutifs seulement [78]. Toutefois, nous n'avons aucun moyen d'investigation pour cette sorte d'acte. A notre avis, leur nombre devrait être assez limité. En effet, comme toutes les concessions de servitudes doivent se faire devant notaire [79], les parties pourront toujours se référer à la minute de l'acte constitutif restée dans les mains de l'officier public, à condition cependant, de savoir auprès de quel notaire et à quelle époque l'acte a été passé... Dans ces conditions il n'est pas nécessaire de recourir à un acte récognitif authentique, qui ferait double emploi. Il n'est pas indispensable non plus d'obtenir une reconnaissance sous seing privé.

[75] Il en va de même si la prescription n'a pu s'achever.

[76] BAUDRY-LACANTINERIE p. 824.

[77] ACV Da 31 registre 2 p. 354. Reconnaissance de droit de passage du 20 sept. 1825 — François Cossy, notaire à Ollon et Rivaz, district d'Aigle. ACV notaire Jean-François Borgeaud de Pully, district de Lausanne, registre 9 p. 89: Transaction du 28 juin 1852.

[78] Cf. *supra* p. 164.

[79] Cf. *supra* p. 164 les exceptions à ce principe.

Chapitre III

DES DROITS ET DES OBLIGATIONS DES PROPRIÉTAIRES DES FONDS DOMINANTS ET DES FONDS SERVANTS

Paragraphe 1. Article 486 CCV

Art. 486 CCV : « Quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user.

Ainsi, la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui, emporte nécessairement le droit de passage » (= art. 696 CCF).

Cette disposition a été mise à tort dans la section II, chapitre III du Titre IV du Code civil vaudois intitulée « Comment s'établissent les servitudes ». Sa place est dans la section qui suit. A part cela, elle ne suscite pas de commentaires particuliers.

Paragraphe 2. Les art. 487, 488 et 489 CCV

Art. 487 CCV : « Celui auquel est due une servitude, a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver » (= art. 697 CCF) [1].

Il convient d'ajouter que le propriétaire du fonds dominant devra toujours réparer le dommage que ces travaux auront occasionné, que cela soit stipulé ou non dans le contrat [2].

[1] Cf. le même principe à l'art. 737, 1 CCS.

[2] Secrétan p. 184 note ad art. 448.

Pour illustrer cet article, voici un fragment d'une « Concession » de servitude du 9 décembre 1825 instrumentée par le notaire Louis Ropraz de Poliez-le-Grand [3]:

« Jacques Curchod... de sa libre volonté a concédé à perpétuité, sous la garantie de fait et de droit au sieur Samuel Curchod, tanneur au dit lieu, présent et acceptant, savoir l'eau d'une source et coulisses qui existent dans son pré dit au « clos devant » soit à la Côte du Moulin rière le dit Dommartin pour la conduire dans sa fontaine près la fabrique à tanner les cuirs. Cette concession est faite pour la somme de 24 francs payés au moyen d'un billet duquel le concédant s'est contenté, dont quittance et sous les conditions suivantes:

1) Le concessionnaire aura droit de faire tous les ouvrages nécessaires à ses frais sur le fonds au concédant pour maintenir et réparer cet établissement, ainsi que pour l'allonger du côté de bise s'il lui convient, lesquels devront être exécutés à saison morte et à moins perte autant que possible et s'il causait du dommage par ces ouvrages, il sera tenu de le payer à taxe d'expert si les parties ne peuvent s'entendre autrement.

2) Le concédant ne pourra dans aucun cas faire, ni permettre aucun ouvrage sur son fonds qui puisse porter préjudice au concessionnaire, soit à l'établissement susmentionné ».

L'art. 488 CCV complète le précédent: « Ces ouvrages sont à ses frais, et non à ceux du propriétaire du fonds assujetti, à moins que le titre d'établissement de la servitude ne dise le contraire » (= art. 698 CCF).

La réserve faite à la fin de cette disposition déroge à l'art. 477 CCV disant que les services fonciers ne sont jamais imposés à la personne, mais au fonds, et qu'ils ne consistent pas non plus en une obligation positive, mais toujours en un comportement passif. Toutefois, le propriétaire du fonds servant ne peut être tenu à une obligation de faire que si elle est mentionnée dans le titre. Cette obligation n'est jamais présumée. D'autre part, elle doit être accessoire à la servitude et relative à son exercice. Par exemple, paver le chemin qui sert au passage ou creuser l'aqueduc qui dirige les eaux [4].

« Concession » du 5 juin 1861 faite par le notaire Jules Bourgeois de Moudon [5]:

[3] ACV De 56, registre 4 p. 43.

[4] Cf. en droit actuel l'art. 730, 2 CCS: « Une obligation de faire ne peut être rattachée qu'accessoirement à une servitude ». Art. 741, 1 CCS: « Le propriétaire du fonds dominant entretient les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude ».

[5] ACV notaire Jules Bourgeois, Moudon, registre 8 p. 14.

« Parties déclarent avoir convenu: 1) que le concédant prend à sa charge la maintenance de ce chemin sur le parcours de son dit champ inscrit au cadastre sous l'article 285 sus-indiqué ».

Toutefois, de tels exemples sont rares. Dans la grande majorité des cas, c'est le concessionnaire qui est chargé de tous les travaux d'aménagement et d'entretien.

Abordons maintenant l'art. 489 CCV qui traite lui aussi de cette obligation accessoire et qui fait suite à l'art. 488. Il est conçu en ces termes:

« Dans le cas même où le propriétaire du fonds assujetti est chargé par le titre de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude, il peut toujours s'affranchir de la charge, en abandonnant la partie du fonds assujetti, sur laquelle s'exerce la servitude. »

Le Code civil vaudois s'écarte de l'art. 699 CCF sur un seul point. L'art. 489 CCV dit « en abandonnant la partie du fonds assujetti », alors que le texte français porte « en abandonnant le fonds assujetti ». Si l'on applique l'art. 699 CCF littéralement, cela voudrait dire que l'on ne peut s'affranchir de l'obligation accessoire qu'en faisant déréliction de la totalité du fonds. Une telle interprétation est manifestement trop rigoureuse et conduit à des solutions choquantes. C'est pourquoi, en France, la grande majorité des auteurs admettent qu'il s'agit d'abandonner la portion du fonds grevée de servitude seulement et non pas l'ensemble [6]. Une fois de plus, nous constatons que l'art. 489 CCV est mieux rédigé que son modèle français puisque la solution adoptée chez nous est considérée dans la doctrine française comme la plus équitable et la seule qui puisse être raisonnablement appliquée.

Paragraphe 3. L'article 490 CCV

Art. 490 CCV: « Si le fonds pour lequel la servitude a été établie vient à être divisé, la servitude reste due pour chaque portion, sans néanmoins que la condition du fonds assujetti soit aggravée.

Ainsi par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, tous les copropriétaires seront obligés de l'exercer par le même endroit » (= art. 700 CCF).

[6] Demolombe tome II p. 384 ss; Marcadé p. 640-1; Baudry-Lacantinerie p. 862; Demante p. 613.

Cet article repris fidèlement de l'art. 700 CCF ne pose pas de problèmes particuliers. Il était aussi appliqué par analogie à la division du fonds servant [7].

Paragraphe 4. Les art. 491 et 492 CCV

Art. 491 CCV : « Le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode [8].

Ainsi, il ne peut changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée.

Mais cependant, si cette assignation primitive était devenue plus onéreuse au propriétaire du fonds assujetti, ou si elle l'empêchait d'y faire des réparations avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits [9], et celui-ci ne pourrait pas le refuser » (= art. 701 CCF) [10].

Art. 492 CCV : « De son côté, celui qui a un droit de servitude, ne peut en user que suivant son titre, sans pouvoir faire, ni dans le fonds qui doit la servitude, ni dans le fonds à qui elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier » (= art. 702 CCF).

Si les principes posés par ces articles sont simples et clairs, leur application s'avère plus délicate. Au demeurant, seule la jurisprudence peut nous révéler comment ces dispositions ont été interprétées. Il semble que les tribunaux vaudois ont toujours scrupuleusement respecté l'art. 492 CCV. Il apparaît même que certaines solutions adoptées ont été très rigoureuses pour le propriétaire du fonds dominant. Dans un arrêt du 13 décembre 1844 [11], le Tribunal d'Appel déclara qu'en matière de cours d'eau destinés à des usines, il n'y avait pas d'exception à la règle posée à l'art. 492 CCV et qu'il ne pouvait être fait de changement à l'état des lieux qui aurait pour

[7] MARCADÉ p. 642-3 ; PLANIOL-RIPERT-PICARD p. 957. Cf. droit positif suisse : mêmes principes : art. 743 et 744 CCS.

[8] Cf. art. 737, 3 CCS : *idem*.

[9] Dans certains actes constitutifs, les parties ont prévu expressément la possibilité de changer l'assiette de la servitude qu'ils viennent de créer. Ex. : ACV notaire Abram Apothéloz, Onnens, district de Grandson, registre 5 p. 387 : Concession du 19 déc. 1853.

[10] Même principe à l'art. 742 CCS.

[11] Journal de JP et revue des tribunaux vaudois, tome III, année 1845, p. 121.

effet d'aggraver la condition du fonds servant. En l'espèce, le défendeur avait, contrairement à la servitude, détourné les eaux de leur lit et empêché leur libre écoulement. Il avait causé par là des dégradations importantes à la propriété du demandeur. Prétendant être dans son bon droit et n'être pas obligé de remettre les choses dans leur état primitif, il fut débouté. Dans un autre arrêt, le Tribunal Cantonal considéra que s'il était possible, à teneur du titre constitutif, de réunir des eaux au moyen d'un aqueduc, le propriétaire ne pouvait être admis à les amener à l'intérieur du fonds grevé au moyen d'une coulisse souterraine : « C'est en tout cas aggraver la servitude que de diriger dans l'intérieur du fonds inférieur, non à la surface du sol, mais par des coulisses souterraines, des eaux recueillies sur un certain espace... Qu'en effet, lorsque les eaux sont amenées à une certaine profondeur, elles peuvent causer au fonds inférieur un dommage considérable dont le propriétaire pourrait ne s'apercevoir que lorsqu'il serait difficile à réparer » [12]. Dans une autre affaire, la construction d'une grange, d'une écurie et d'une remise sur le fonds dominant fut considérée comme une aggravation d'une servitude de passage qui n'avait été concédée que pour l'usage d'un terrain non bâti. Dès lors, il fut jugé que la servitude devait se limiter au fonds non bâti, à l'exclusion des bâtiments élevés sur ce fonds [13]. Enfin, il fut décidé que l'agrandissement d'une fenêtre transformée en porte constituait une aggravation de servitude interdite [14].

[12] JT 1889 p. 803. On en jugerait sans doute autrement de nos jours!

[13] JT 1889 p. 455 ss spéc. p. 460. Cette jurisprudence est très rigoureuse. Actuellement la question aurait certainement été résolue différemment. En effet, l'art. 739 CCS dispose que « les besoins nouveaux du fonds dominant n'entraînent aucune aggravation de la servitude ».

[14] JT 1864 p. 354 ss spéc. p. 370.

Chapitre IV

COMMENT LES SERVITUDES S'ÉTEIGNENT

Il convient de faire ici le même avertissement que nous avons fait au début du chapitre 2 sur l'établissement des servitudes. Les art. 493 à 500 CCV que nous allons commenter maintenant ont été abrogés, comme les art. 480 à 485 CCV, au moment de l'entrée en vigueur de la loi du 20 janvier 1882 sur l'inscription des droits réels immobiliers. En effet dès que les servitudes seront inscrites au registre foncier, il ne sera plus possible de les éteindre par un autre moyen que par la radiation de l'inscription. C'est le système moderne encore en vigueur aujourd'hui [1].

Paragraphe 1. Extinction des servitudes suite a un changement dans l'état des lieux

Art. 493 CCV : « Les servitudes cessent, lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user » (= art. 703 CCF).

Citons, à titre d'exemple, un arrêt où le Tribunal Cantonal a jugé qu'il y avait extinction d'une servitude parce qu'il n'était plus possible de l'exercer [2] : « Lorsque pour l'usage d'une servitude de passage, un propriétaire emprunte le sol d'une route, dépendance du domaine public, et que cette route vient à être supprimée et réunie au domaine privé des voisins ensuite... de vente, la servitude cesse par l'impossibilité d'en faire usage à l'avenir. » En effet, tant que la route reste un terrain public, chacun a le

[1] Cf. *supra* p. 157.

[2] Recueil des arrêts vaudois 1876 p. 155. Cf. dans le même sens JT 1871 p. 723.

droit de l'utiliser comme passage, mais il n'y a pas, à proprement parler, de servitude sur le domaine public. Or, au moment du transfert de cette route au domaine privé, le terrain est vendu libre de toute servitude. Par conséquent, le bénéficiaire d'un droit de passage utilisant cette route se trouve, à l'avenir, dans l'impossibilité de l'exercer sur cette partie.

Le cas prévu à l'art. 493 CCV n'entraîne pas toujours l'extinction définitive de la servitude, mais parfois une simple suspension de son exercice:

Art. 494 CCV: « Elles revivent, si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user; à moins qu'il ne se soit déjà écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude, ainsi qu'il est dit aux articles 496 et suivants » (cf. art. 704 CCF [3]).

Supposons, par exemple, qu'une maison soit au bénéfice d'un droit d'empiétement sur le fonds voisin. Imaginons ensuite que son propriétaire la détruise dans l'idée d'en reconstruire une neuve: la servitude cessera d'exister suite à la démolition du bâtiment. Mais si le propriétaire, avant qu'il ne se soit écoulé un délai de trente ans, élève un nouvel édifice, celui-ci pourra empiéter sur le terrain adjacent dans la même mesure que l'ancienne bâtisse [4].

Paragraphe 2. Extinction des servitudes par consolidation [5]

Art. 495 CCV: « Toute servitude est éteinte lorsque le fonds à qui elle est due, et celui qui la doit, sont réunis dans la même main » (= art. 705 CCF).

Cette cause d'extinction ne vaut que s'il s'agit de servitudes non apparentes ou discontinues. En effet, d'après les règles sur la destination du père de famille (art. 482 CCV), une servitude apparente et continue peut

[3] Une petite différence formelle sans incidence sépare le texte vaudois de l'art. 704 CCF; ce dernier se termine par les mots « ainsi qu'il est dit à l'art. 707 ».

[4] Exemple donné par SECRÉTAN p. 185 note ad art. 494.

[5] Selon SECRÉTAN p. 185 note ad art. 495, cette cause d'extinction s'appelle confusion ou consolidation, alors que le mot « confusion » est le terme généralement utilisé dans la doctrine française (Demolombe tome II p. 489; Demante p. 622). Quant à nous, nous préférons employer le mot confusion s'il s'agit de droits personnels et consolidation s'il s'agit de droits réels: il y a confusion « lorsque les qualités de créancier et de débiteur se trouvent réunies dans la même personne » (art. 118 du Code des obligations). Consolidation: réunion sur la même tête de la qualité de propriétaire d'un fonds et de la qualité de titulaire d'un droit réel limité sur le fonds.

renaître si les fonds viennent à être de nouveau séparés et si le signe extérieur de la servitude n'a pas été supprimé [6]. Il s'agit donc, en ce cas, d'une suspension par consolidation plutôt que d'une extinction irrévocable de la servitude. La situation en droit actuel est toute différente, puisque la consolidation n'éteint pas ipso facto la servitude, mais qu'elle permet seulement d'en exiger la radiation au registre foncier. Le droit subsistera tant que celle-ci n'aura pas eu lieu (art. 735 CCS).

Paragraphe 3. Extinction des servitudes par le non-usage

I. Le troisième mode d'extinction traité par le code civil vaudois est le non-usage de la servitude pendant trente ans :

Art. 496 CCV : « La servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans » (= art. 706 CCF).

On peut se demander si cet article s'applique aussi aux servitudes constituées par titre et non seulement à celles créées par prescription ou par destination du père de famille. Le Tribunal Cantonal a résolu la question en disant que la prescription extinctive s'appliquait à n'importe quelle servitude : « L'art. 496 CCV ne distingue pas entre le droit acquis par titre et celui acquis par prescription et se rapporte aussi bien au non-usage par le fait de celui à qui le droit appartient qu'au non-usage provenant du fait d'un autre » [7]. Dans un autre procès, le Tribunal Cantonal rendit un arrêt encore plus rigoureux en disant que « lorsqu'un acte détermine d'une manière précise l'endroit où un passage concédé pourra être pratiqué et que ce passage n'a jamais été exercé à l'endroit où il a été fixé par le titre depuis plus de trente ans, la servitude est éteinte par le non-usage trentenaire » [8].

II. L'art. 497 CCV complète le précédent et explique comment compter ce délai de trente années : « Les trente ans commencent à courir selon les diverses espèces de servitudes, ou du jour où l'on a cessé d'en jouir,

[6] Cf. *supra* p. 170 à 175. En outre, nous avons vu en analysant l'art. 484 CCV qu'il suffisait que la servitude soit apparente à condition de prouver que « le contrat ne contienne aucune convention relative à la servitude ». Il en résulte que l'art. 495 CCV a un champ d'application très limité.

[7] JT 1866 p. 371 ss.

[8] JT 1870 p. 164 et p. 805.

lorsqu'il s'agit de servitudes discontinues, ou du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude, lorsqu'il s'agit de servitudes continues » (= art. 707 CCF).

De qui doit émaner l'acte contraire à une servitude continue? En France, la majorité des auteurs s'accordent à dire que seul l'acte compte, la personne qui le fait important peu [9]. Chez nous, Guisan [10], suivant en cela le Français Pardessus [11], estime que l'acte contraire à la servitude doit être accompli par le propriétaire du fonds servant. Le Tribunal Cantonal consacra la première solution en déclarant que le fait du propriétaire dominant pouvait suffire à constituer l'acte contraire [12].

III. Abordons maintenant une disposition importante concernant non seulement la prescription extinctive, mais également la prescription acquisitive examinée à propos de l'art. 480 CCV [13].

Art. 498 CCV: «Le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude même, et de la même manière » (= art. 708 CCF).

Le mode est la manière d'exercer le droit [14]. On peut en effet jouir partiellement de la servitude, par exemple n'utiliser un passage à char que pour le bétail ou n'ouvrir que trois fenêtres des cinq auxquelles on a droit. On peut aussi excéder les facultés concédées et passer sur le fonds voisin en toute saison et non pas seulement à saison morte comme le titre le stipule. Quels sont les effets de telles modifications? Vais-je conserver mon droit tel qu'il a été défini dans l'acte constitutif ou bien pourrais-je l'augmenter ou le perdre en partie selon l'usage que j'en fais? L'art. 498 CCV, contrairement au droit romain [15], déclare que toutes les servitudes sans distinction

[9] Marcadé p. 647; Demante p. 624; Demolombe tome II p. 527 ss.

[10] Guisan p. 630.

[11] Pardessus p. 464.

[12] JT 1864 p. 582. Dans le même arrêt, il trancha négativement la question de savoir si l'acte contraire pouvait constituer en dépôts de marchandises temporaires. L'art. 497 CCV exige que les effets de l'acte contraire soient permanents, car la servitude ne doit plus pouvoir être utilisée à l'avenir.

[13] Cf. *supra* p. 158 à 163.

[14] Secrétan p. 186 note ad art. 498.

[15] Demolombe tome II p. 540: « Les jurisconsultes... n'avaient pas admis que la servitude pût être restreinte ou réduite dans son mode d'exercice, par la prescription; et il suffisait chez eux, d'user de la servitude d'une manière quelconque pour qu'elle fût conservée tout entière ». Digeste: livre VIII, titre VI, 2 Paul (Lib. 21 ad Edictum); 8, 1 Paul (lib. 13 ad Plautium); 9 Javolenus (lib. 3 ex Plautio).

peuvent être diminuées par la prescription et réduites à l'usage qui en a été fait pendant trente ans au moins, l'intention du législateur étant de favoriser l'affranchissement des fonds. Au contraire, l'extension de la servitude est soumise aux règles sur la prescription acquisitive (art. 480 CCV): l'augmentation d'un droit n'est possible que s'il s'agit d'une servitude continue ou d'une servitude apparente, telles que nous les avons définies en commentant l'art. 480 CCV [16].

Dans son Code annoté, Charles Secrétan donne quelques exemples pour illustrer l'art. 498 CCV: « Si ayant le droit d'ouvrir trois fenêtres ayant vue sur le fonds voisin adjacent, j'en ai ouvert quatre, au bout de trente ans j'aurai acquis cette augmentation de servitude; si je n'en ai ouvert que deux, au bout de trente ans je ne pourrai plus ouvrir la troisième. Mais si j'ai le droit de mener paître mon troupeau une fois par semaine dans la prairie voisine, et que je l'y conduise chaque jour, je ne prescrirai jamais cette augmentation. [17] » D'accord avec Secrétan sur les principes nous ne le sommes pas complètement quant à leur application. L'exemple donné au sujet de la diminution de la servitude de vue ne semble pas respecter la prescription de l'art. 497 CCV [18]. Je peux, par exemple, permettre à mon voisin d'ouvrir le nombre de fenêtres qu'il désire sur la façade de sa maison donnant sur mon verger; une telle servitude serait tout à fait valable. Mais que se passera-t-il si au bout de trente ans, mon voisin n'a aménagé que deux fenêtres? Lui sera-t-il interdit d'en ouvrir de nouvelles, comme le prétend Secrétan, d'agrandir celles qui existent ou de les changer de place? A notre avis, il faut recourir à l'art. 497 CCV qui prévoit que le délai de la prescription extinctive ne commence à courir, en ce qui concerne

[16] Cf. *supra* p. 158 à 163.

[17] SECRÉTAN p. 186 note ad art. 498.

[18] De plus, Secrétan a choisi exclusivement des hypothèses où le titre constitutif fournit des détails précis sur les droits concédés, ce qui n'est pas toujours le cas en pratique. Certains contrats ne sont pas si clairs et les servitudes concédées sont parfois mal définies, voire illimitées... Cf. JT 1891 p. 57 ss: il s'agissait en l'espèce d'un droit de passage apparent. La largeur n'avait pas été fixée par titre, et les propriétaires du fonds servant exigeaient l'application des art. 66 et 67 CR qui disposent qu'en l'absence de clauses spéciales, le passage est présumé pour l'homme et sa largeur de 3 pieds. Il fut jugé au contraire que ces articles du Code rural ne fixaient la largeur du passage que pour le cas où elle n'aurait pas été fixée par le titre constitutif de la servitude ou par prescription. En conclusion, les défendeurs purent continuer à profiter de leur droit dans les mêmes conditions que précédemment, telles qu'elles avaient été déterminées par l'usage trentenaire.

les servitudes continues, que du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude. Or, le fait de ne pas ouvrir les fenêtres auxquelles on a droit ne peut constituer un acte contraire. Une telle passivité ne peut avoir aucune influence sur l'étendue de la servitude: le propriétaire du fonds dominant est libre de disposer de ses biens comme il le désire. En revanche, si le voisin élève un mur là où il n'existe pas de fenêtres, le droit de vue serait éteint en cet endroit au bout de trente ans, car il s'agirait incontestablement d'un acte contraire à la servitude. Telle est la thèse qui nous paraît la seule admissible. Néanmoins, dans un arrêt du 9 mai 1866 [19], le Tribunal Cantonal déclara que l'abandon de l'usage du droit pendant trente ans par le propriétaire du fonds dominant ne peut être assimilé qu'au non-usage et équivaut à une renonciation à la servitude [20]. En l'espèce, le jour concédé n'avait jamais été ouvert pendant trente ans. Cette décision ne nous semble pas respecter les conditions précises posées par l'art. 497 CCV pour que le délai de prescription puisse courir. Malheureusement, le Tribunal Cantonal n'a pas eu l'occasion de se prononcer une nouvelle fois à ce sujet et de confirmer ou d'infirmer sa jurisprudence [21].

L'art. 498 CCV doit aussi s'harmoniser avec les art. 496 et 497 CCV pour les servitudes discontinues. Imaginons, en guise d'illustration, le cas suivant: j'obtiens un droit de passage pour aller sur mon champ et dans l'impossibilité de travailler moi-même, je loue ce champ à un agriculteur voisin, qui, par commodité, préfère passer sur son propre fonds que d'utiliser le droit de passage en question. Quid au bout de trente ans? Le droit aura disparu au vu de l'art. 496 CCV. Mais si je peux prouver que j'y ai passé avec mon char dans le cours de ces trente ans, ne serait-ce qu'une seule fois, mon droit sera maintenu. Supposons maintenant que j'aie passé à cheval 29 ans six mois auparavant et que j'y passe à pied tous les jours. Dans six mois, le passage à cheval sera éteint et il ne restera que le passage à pied. On le voit, le système du Code civil vaudois conduit à un amenuisement des servitudes assez étrange et parfois très compliqué [22]. Par ailleurs, l'art. 498 CCV favorise nettement les fonds servants. C'est

[19] JT 1866 p. 371 ss.

[20] Cf. plus loin p. 190: critique de cet arrêt.

[21] En France, les auteurs divergent: Demolombe tome II p. 501-2; Marcadé p. 644 et 651; Toullier p. 537.

[22] On peut même se demander si le système permettant que l'exercice d'une partie de la servitude la conserve dans sa totalité, comme c'était le cas en droit romain, n'aurait pas été préférable, du moins plus simple à appliquer.

une tendance générale qui, nous l'avons déjà remarqué, se retrouve dans la jurisprudence [23].

Bien que l'art. 498 CCV soit devenu caduc dès que l'inscription des servitudes au Registre Foncier est devenu obligatoire, le « mode des servitudes » est encore utilisé en droit moderne. Ainsi l'art. 738, 2 CCS prévoit que l'inscription d'une servitude peut être précisée par la manière dont elle a été exercée pendant longtemps, paisiblement et de bonne foi. Toutefois, même si l'usage qu'on en fait peut servir à interpréter l'inscription au Registre Foncier, il ne pourra jamais servir de base à une modification de la servitude dépassant les limites de cette inscription [24].

IV. Abordons enfin les deux dernières dispositions du CCV relatives aux servitudes. Elles concernent toujours la prescription extinctive de l'art. 496 CCV et traitent du cas où le fonds dominant appartient à plusieurs propriétaires indivis.

Art. 499 CCV: « Si le fonds en faveur duquel la servitude est établie, appartient à plusieurs par indivis, la jouissance de l'un empêche la prescription à l'égard de tous » (= art. 709 CCF).

Art. 500 CCV: « Si parmi les copropriétaires il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir, il aura conservé le droit de tous les autres » (cf. art. 710 CCF).

L'article correspondant du Code français donnait un exemple d'application de cette règle et avait intercalé après la phrase « si ... il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir » les mots « comme un mineur », pour la raison que l'art. 2252 CCF prévoyait que la prescription ne courait pas contre les mineurs et contre les interdits. Or cet article 2252 CCF n'a pas été repris dans le Code vaudois [25] et l'exception faite en faveur du mineur n'avait plus de raison d'être. Secrétan fait d'ailleurs remarquer que, d'après le Code civil vaudois, aucune circonstance personnelle n'arrête le cours de la prescription trentenaire [26]. On en tire logiquement la conclusion que, n'ayant plus de portée, l'art. 500 CCV aurait dû être retranché.

[23] Cf. *supra* p. 168.

[24] Cf. aussi ROLV 94 p. 185 ss et ROLV 79 p. 20 ss: lois sur l'inscription des droits réels immobiliers du 20 janvier 1882 (art. 18) et du 11 mai 1897 (art. 20): « La prescription peut être invoquée lorsqu'il s'agit seulement de déterminer le mode d'exercice et l'étendue de la servitude inscrite, sans aller contre la teneur de l'inscription ».

[25] SECRÉTAN p. 572 note ad art. 1660.

[26] SECRÉTAN p. 186 note ad art. 500.

Paragraphe 4. Extinction des servitudes par renonciation

Le Code civil vaudois ne traite que de trois modes d'extinction des servitudes: par changement dans l'état des lieux, par consolidation et par non-usage. En réalité, cette liste n'est pas exhaustive. Une servitude peut disparaître par une expropriation, l'annulation du titre constitutif, la renonciation par le propriétaire du fonds dominant, etc. C'est ce dernier mode d'extinction que nous voulons illustrer de deux exemples concrets tirés de la pratique notariale du siècle passé. Même si de tels actes ne sont pas très courants, ils n'ont rien d'exceptionnel:

« Echange » du 8 octobre 1823 instrumenté par le notaire Charles-Benjamin Fer de Chéserex, dans le district de Nyon:

« Le dit sieur Sahy renonce à perpétuité au droit de passage qu'il avait le long de la maison du dit Amédée Berlie sur le jardin de celui-ci » [27].

« Abandon de servitude » du 30 juin 1866 passé devant Egrège Aimé Cuénod, notaire à Vevey [28]:

« Lequel à la réquisition de Henri-Louis fils de Jean-Georges Meyer... déclare purement et simplement renoncer à la condition qui fut stipulée dans le dit acte d'acquis, en faveur de la maison Grand et ses dépendances et par laquelle Henri-Louis Meyer s'obligeait à prendre tous les arrangements nécessaires pour que l'usine soit teinturerie qu'il se proposait d'établir dans sa maison art. 893 du cadastre de Vevey ne pût causer inconvénient à la maison et aux dépendances Grand, art. 1165 et 1166 du dit cadastre et à remédier immédiatement aux inconvénients qui pourraient subvenir et qui porteraient préjudice à la propriété Grand, à peine de payer sans être soumise à modération une somme de 4000 francs à titre de dommages-intérêts et sans préjudice aux travaux à faire pour le maintien de la servitude établie à ce sujet par l'acte sus-rappelé. En conséquence de quoi cette servitude est d'ores et déjà abandonnée à perpétuité et la maison Meyer art. 893 du cadastre de Vevey en est absolument libérée. Cet abandon est d'ailleurs fait gratuitement et à titre d'acte de bon voisinage de la part du comparant Benjamin Grand qui reconnait que l'établissement de teinturerie d'Henri Louis Meyer n'a pas donné lieu aux inconvénients que la servitude abandonnée avait pour but d'empêcher, et qui, en conséquence tient quitte de toutes choses à cet égard le dit Henri Louis Meyer, ici présent et acceptant. Dont acte... ».

[27] ACV Dm 42, registre 3 p. 320.
[28] ACV notaire Aimé Cuénod, Vevey, registre 17 p. 277.

A notre avis, la renonciation doit résulter ou d'une manifestation de volonté expresse et non équivoque de la part du propriétaire du fonds dominant ou de circonstances qui ne laissent aucun doute sur son intention. Bien que l'on puisse admettre d'autres moyens, un titre paraît préférable. En revanche, on ne peut, comme l'a fait le Tribunal Cantonal [29], assimiler à une renonciation de servitude le non-usage d'un droit, même durant trente ans. Ou bien il s'agit d'une manifestation de volonté claire et précise ou bien il s'agit du non-usage, soumis aux règles qui lui sont propres et que nous avons définies plus haut (art. 496 à 498 CCV). Mais il nous semble erroné de tourner les conditions posées par l'art. 497 CCV en invoquant une prétendue renonciation tacite [30].

[29] JT 1866 p. 371 ss. Cf. *supra* p. 187.

[30] L'extinction par non-usage d'une servitude continue, tel un droit de vue dans le cas présent, ne peut se produire que trente ans après qu'un acte contraire en ait empêché l'exercice. Le non-usage ne suffit pas, à notre avis, pour constituer un acte contraire.

CONCLUSION

Le 11 juin 1819, le Code civil vaudois fut enfin adopté après de longues années d'élaboration. On peut imaginer sans peine la profonde satisfaction et la fierté légitime de tous les députés en ce jour-là. Le député Delaharpe, rapporteur de la dernière commission chargée d'étudier le projet, tint en cette occasion des propos particulièrement enthousiastes [1] : « Puisé dans les meilleures sources, le Code civil a successivement subi tous les changements que nos mœurs, nos coutumes ont fait envisager comme nécessaires. Quoiqu'étranger d'origine, les jurisconsultes du pays d'où nous l'avons emprunté auraient la plus grande peine à le reconnaître, tant on l'a modifié et adapté à nos usages... Chacune de nos institutions s'y retrouve et beaucoup mieux exprimée que dans nos anciennes lois. Il ne sera plus nécessaire de rechercher dans cinquante recueils les lambeaux mal digérés de notre jurisprudence civile. Un seul volume, que tout homme de sens, même un jurisconsulte, pourra comprendre sans peine, la renfermera complètement... Quelques imperfections s'y trouvent encore. La chose est impossible autrement, puisqu'il est sorti de la main des hommes, mais le souverain vaudois, qui l'a créé, le corrigera au fur et à mesure que ces imperfections seront découvertes. L'expérience étant le meilleur, le plus sûr des maîtres en matière de législation, nous devons attendre des résultats. Eux seuls nous guideront dans cette carrière difficile... Nous allons offrir un spectacle peut-être unique dans l'histoire, très honorés collègues, c'est celui de représentants d'un peuple libre votant, après un examen sage et mûrement réfléchi, l'adoption d'un code entier de lois ».

[1] ACV K VII a 3, 27.

Qu'y a-t-il d'excessif dans ce discours? Qu'y a-t-il de bien-fondé dans ces affirmations? Nous ne pouvons répondre que partiellement à une telle question, puisque notre travail n'a pas porté sur l'ensemble du code, mais sur une tranche, somme toute, assez modeste. Pour se faire une idée de l'originalité du Code civil vaudois, il faut se référer aux travaux déjà parus [2] et attendre que de nouvelles études se fassent sur ce sujet. Nous nous limiterons aux servitudes foncières.

A première vue, l'analogie entre le Code français et le Code vaudois est frappante : il y a sensiblement le même nombre de dispositions, le cadre est identique, la division par sections inchangée. Si Delaharpe prétend que les juristes français auraient de la peine à retrouver leur Code dans le CCV, on peut se demander si les Vaudois n'ont pas eu encore plus de difficultés à y reconnaître leurs anciens coutumiers. L'influence du Code français nous paraît très forte, du moins au premier abord. Mais peut-on reprocher au législateur vaudois d'avoir profité de l'armature solide proposée par le Code Napoléon et d'avoir conservé des dispositions qui donnaient satisfaction?

En revanche, si l'on examine plus attentivement le fond et non plus la forme, on peut remarquer que les Vaudois ont préservé soigneusement leurs anciens usages et qu'ils ont modifié le modèle français chaque fois qu'il était nécessaire. Plus du tiers des articles traitant des servitudes a été ainsi transformé sans compter les modifications formelles visant à améliorer l'énoncé (art. 425, 479 CCV par exemple) et l'abandon de règles inutiles chez nous (art. 638 et 663 CCF). En définitive, les différences sont nombreuses et non négligeables. Le législateur a respecté les anciens usages alors en vigueur dans le pays, bien qu'il fût parfois obligé de choisir parmi des règles coutumières contradictoires. D'une manière générale, il a veillé à maintenir une certaine continuité et n'a pas hésité à rejeter toutes les règles françaises qui nous étaient par trop étrangères (par exemple l'art. 653 CCF établissant des présomptions de mitoyenneté, ou les art. 676 et 677 sur les jours à fer maillé et verre dormant, ou encore l'art. 690 sur l'acquisition des servitudes par prescription, etc.). En ce sens là, le Code civil est vraiment vaudois.

D'autre part, il faut souligner l'importance considérable du Code rural de 1848. Ainsi que nous l'avons montré à plusieurs reprises, cette loi con-

[2] Par exemple : Reymond Jean-Frédéric : « La promesse de vente pour soi ou pour son nommable » — Thèse Lausanne 1945.

tient des compléments importants aux dispositions du Code civil sur le droit de voisinage. Elle a parfois infléchi le sens qu'il fallait donner à tel ou tel article et certaines de ses dispositions dérogent même au Code civil. A certains égards, le Code rural a contribué à éloigner encore davantage la législation vaudoise de la législation française. Il était donc indispensable d'étudier cette loi parallèlement au Code civil pour avoir une image fidèle du droit en vigueur chez nous au siècle passé.

Dans l'application de ces lois, nous l'avons vu, les notaires n'ont pas toujours été irréprochables. Meilleurs praticiens que théoriciens, ils n'ont pas toujours respecté les principes juridiques fondamentaux régissant les servitudes, les ayant mal assimilés ou les jugeant trop abstraits. Une évolution très nette s'est toutefois faite sentir dans la seconde moitié du XIX^e^ siècle en deux sens différents. D'une part, les actes juridiques sont techniquement mieux rédigés et, d'autre part, le cadre rigide des servitudes foncières ne répond plus aux besoins de la pratique. Si la loi semble être mieux observée dans sa forme, elle l'est moins quant au fond et nous avons vu, à ce propos, de quelle manière les praticiens ont essayé de tourner les exigences légales en recourant à certains artifices. Il était dès lors nécessaire d'assouplir les principes légaux et de permettre la constitution de servitudes personnelles, ce qui se produira en 1912 seulement, avec l'introduction du Code civil suisse. D'un autre côté, il devient indispensable d'améliorer la sécurité du droit en établissant un système de publicité efficace pour les servitudes. L'inscription des droits réels dans les registres fonciers et l'admission des servitudes personnelles sont ainsi les deux importantes innovations qui, introduites à la fin du siècle passé et au début de celui-ci, ont profondément modifié cette matière.

Malgré cela, le droit actuel est encore proche de l'ancien droit vaudois, non pas tant par les principes généraux régissant les servitudes que par les règles sur les rapports de voisinage. De nombreuses dispositions du Code civil vaudois et du Code rural de 1848 se retrouvent en effet dans le Code rural actuel et dans la loi vaudoise d'introduction du Code civil suisse. Si de telles règles ont subsisté malgré l'usure du temps, n'est-ce pas un signe que cette législation était finalement bien adaptée aux besoins du pays?

BIBLIOGRAPHIE

I. PRINCIPAUX OUVRAGES CITÉS

BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU — *Traité théorique et pratique de droit civil* — Des Biens — 3e édition — Paris 1905 (cité: Baudry-Lacantinerie).

BERNEL Arlette — *Le droit du Code civil français applicable au Jura bernois.* Thèse Berne 1955.

BERNEY Jacques — *Des droits sur les eaux.* JT 1889 p. 737 ss.

BIANCHI Louis — *La législation vaudoise sur les notaires dans la première moitié du XIXe siècle.* Thèse Lausanne 1964.

BIPPERT Henri — *Analyse des documents qui ont servi à la rédaction du Code civil du canton de Vaud.* Lausanne 1866.

BIPPERT H. et BORNAND A. — *Coup d'œil sur l'état de la législation civile du canton de Vaud en 1882.* Lausanne 1882.

— — *Code civil vaudois annoté et expurgé suivi de lois accessoires et du Code fédéral des obligations.* 4e édition de 1885 et 5e édition de 1892 (cité: Bippert et Bornand: « Code annoté »).

BONARD Jacques — *Origines et caractères du double régime d'exploitation de la force hydraulique en droit vaudois* ». Thèse Lausanne 1943.

BOYVE Jacques-François — *Remarques sur les Loix et Statuts du Pays de Vaud.* 2 vol. Neuchâtel 1776 (cité: « Remarques »).

— — *Définitions ou explications des termes du droit consacrés à la pratique judiciaire du Pays de Vaud.* 2e édition, Lausanne 1766 (cité: « Définitions »).

— — *Commentaire du Plaict Général de Lausanne de 1618.* Manuscrit de Curtat. B Fac: manuscrits (cité: « Commentaire du Plaict Général de Lausanne »).

Colin-Capitant	*Traité de droit civil*, tome 2, édition refondue par Julliot de la Morandière, Paris 1959.
de Buren Roland	*La notion de domaine public en droit vaudois.* Thèse Lausanne 1951.
Demante A. M.	*Cours analytique de droit civil*, tome II, 2e édition, Paris 1881.
Demolombe C.	*Cours de Code Napoléon*, vol. XI et XII. Traité des servitudes tome I et II, 4e édition, Paris 1868.
Fiaux Louis	*Droits réels — Inscription des servitudes.* Lausanne 1889.
Flattet Guy	*Les sociétés immobilières d'actionnaires-locataires.* JT 1949 p. 610 ss.
Guisan François	*Cours de droit civil* donné à l'Académie de Lausanne vers 1870. B Fac: manuscrits.
Favey Jean-Georges	*Le Coutumier de Moudon de 1577.* Thèse Lausanne 1924.
Marcadé V.	*Explication théorique et pratique du Code Napoléon.* Tome II, 6e édition, Paris 1868.
Meylan Maurice	*Le Grand Conseil vaudois sous l'Acte de Médiation.* Thèse Lausanne 1958. BHV No XXI.
Olivier Gabriel	*Cours ou explication du Coustumier du Pays de Vaud.* 1re édition, Lausanne 1708.
Pardessus J. M.	*Traité des servitudes ou services fonciers.* 7e édition, Paris 1829.
Pittet Michel	*Les servitudes légales.* Thèse Lausanne 1967.
Planiol-Ripert-Picard	*Traité pratique de droit civil français*, tome 3, 2e édition, Paris 1952.
Rogron J. A.	*Code civil français expliqué.* Paris 1834.
Rossel et Mentha	*Manuel du droit civil suisse.* Tome 3, 2e édition, Lausanne 1922.
Sattiva Henri	*Recherche sur la propriété par étages.* Thèse Lausanne 1954.
Secrétan Charles	*Remarques sur le Code civil du canton de Vaud.* Lausanne 1840.
Sillig Edouard	*Le régime des sources dans le Code civil suisse.* Thèse Lausanne 1911.
Toullier C. B. M.	*Le droit civil français* tome 3, 4e édition, Paris 1824.
(Valier)	*Rapport des nouveaux poids et mesures du Canton de Vaud avec les anciens poids et mesures de ce canton et avec ceux de divers pays.* Lausanne 1823.
Von Salis L. R.	*Le Coustumier et Plaid général de Lausanne* in ZSR, tome XXI et XXII.

II. LOIS ET COUTUMIERS

a) *Coutumiers consultés*

— *Loix et Statuts du Pays de Vaud de 1616 in* Remarques sur les Loix et Statuts du Pays de Vaud par Jacques-François Boyve, Neuchâtel, imprimerie de Samuel Fauché 1776 (cité: « Loix et Statuts »).

— *Coustumier et Plaict Général de Lausanne de 1618.* Edité par L. R. von Salis in ZSR tomes XXI et XXII. B Fac salle de lecture W 43-44, cf. aussi AB 242 (cité: « Plaict Général de Lausanne »).

— *Coutumier de Moudon de 1577.* Edité par Jean-Georges Favey. — Thèse Lausanne 1924.

— *Coutumier nouveau de la ville et de tout le bailliage de Grandson de 1703.* Imprimé à Yverdon par J. J. Hellen en 1780. ACV OA 302 (cité: « Coutumier de Grandson »).

— *Loix et Statuts de la ville de Payerne de 1731.* Imprimé à Berne par Wagner et Müller en 1733. ACV OA 305 (cité: « Loix et Statuts de Payerne »).

— *Code des loix des trois mandements de la Plaine du Gouvernement d'Aigle de 1770.* Imprimé à Berne dans l'Imprimerie de leurs Excellences en 1772. ACV OB 305 (cité: « Code d'Aigle »).

b) *Principales lois utilisées*

— Code civil vaudois du 11 juin 1819.

— Code rural du 15 décembre 1848. ROLV 45 p. 475 ss.

— Code civil suisse du 10 décembre 1907.

— Loi d'introduction dans le canton de Vaud du Code civil suisse du 30 novembre 1910. ROLV 107 p. 561 ss.

— Code rural du 22 novembre 1911. ROLV 108 p. 827 ss.

— Code civil français du 21 mars 1804. Exemplaire utilisé par Henri Carrard en 1805. ACV K VII a 3 / 30: Nouvelle édition stéréotypée conforme à l'édition originale de l'imprimerie de la République. Garnery librairie, rue de la Seine, Paris 1804.

III. JURISPRUDENCE

a) *Archives du Tribunal Cantonal Vaudois*

Recueils des arrêts du Tribunal d'Appel rendus de 1821 à 1839.
(ces arrêts ne sont pas motivés)

b) *Revues et périodiques*

— *Le Droit*, recueil des jugements tendant à fixer la jurisprudence dans le canton de Vaud, par D. Guignard, avocat à Nyon et Lausanne. 4 années: 1839 à 1842.

— *Journal de jurisprudence et revue des tribunaux vaudois.* 3 tomes: 1843 à 1845.

— *Journal des Tribunaux* — première série: 4 tomes, 1846 à 1852.

— *Journal des Tribunaux* — deuxième série, fondé par L. Pellis: 1853 à 1911.

— *Recueil des arrêts vaudois* — 1876.

— *Répertoire des arrêts rendus par le Tribunal Cantonal et par les Cours de cassation civile et Non Contentieuse dès 1846 à 1868*, par Jules Mandrot, d'après les recueils du juge Bippert. — Lausanne 1869.

— *Répertoire des arrêts rendus par le Tribunal Cantonal et par les Cours de Cassation civile et Non Contentieuse dès 1846 à 1877*, par Boven, d'après les recueils du juge Bippert. — Lausanne 1877.

IV. MANUSCRITS

a) *Bibliothèque de la faculté de droit*

— Guisan François: *Cours de droit civil* donné à l'Académie de Lausanne vers 1870.

— Boyve Jacques-François: *Commentaire du Plaict Général de Lausanne de 1618.* Manuscrit de Curtat.

b) *Archives Cantonales Vaudoises (ACV)*

— Fond K VII a 3: préparation du Code civil vaudois, Code de procédure civile, loi sur l'état-civil, lois diverses.

— Fond D: notaires

Da	23	Aigle	Notaire	Broyon Abram, Gryon, reg. 12 et 13	(1823-1831)
Da	31	Aigle	»	Cossy François Samuel, Ollon et Rivaz, reg. 2 à 4.	(1824-1830)
De	54	Echallens	Notaire	Paschoud Albert, reg. 3 et 4	(1822-1824)
De	56	Echallens	»	Ropraz Louis, Poliez-le-Grand, reg. 3 à 5	(1823-1829)
Df	11	Grandson	Notaire	Cochand Louis, reg. 1	(1821-1834)
Df	21	Grandson	»	Jaccard David, Sainte-Croix, reg. 10 (Df 21 116)	(1831-1837)
Dg	103	Lausanne	Notaire	Dupuy Eugène, reg. 2 à 5	(1822-1829)
Dg	227	Lausanne	»	Rouge Georges, reg. 12 à 16	(1821-1837)

Dh	5	La Vallée	Notaire	Golay François, Le Sentier, reg. 4 à 8	(1822-1830)
Dl	21	Moudon	Notaire	Comte Frédéric, Lucens, reg. 1 à 3	(1821-1833)
Dl	87	Moudon	»	Tissot Philippe, reg. 1 à 3	(1830-1834)
Dm	42	Nyon	Notaire	Fer Charles-Benjamin, Chéserex, reg. 3	(1822-1827)
Dm	71	Nyon	»	Natthey Samuel, reg. 5	(1822-1828)

Les registres de notaires postérieurs à 1837 n'ont pas de cotes aux archives.

District d'Aigle

Notaire Nicolet François, reg. 3 à 5 (1856-1862)
» Testaz Henri Benjamin, Bex, reg. 1 à 4 (1851-1861)

District d'Echallens

Notaire Mermoud Jean-Pierre, Poliez-le-Grand, reg. 1 à 4 (1838-1843)

District de Grandson

Notaire Apothéloz Abram-Louis, Onnens, reg. 4 à 6 (1845-1853)
» Jaccard Louis, Sainte-Croix, reg. 14 à 17 (1867-1873)

District de Lausanne

Notaire Bernard Louis, reg. 1 et 2 (1855-1856)
» Borgeaud Jean-François, Pully, reg. 7 à 9 (1846-1855)
» Boucherles Louis, reg. 27 et 28 (1846-1855)
» Chevallaz Charles, reg. 1 à 4 (1860-1866)
» Jacottet François, reg. 1 à 5 (1864-1868)
» Vallotton Jacques, reg. 9 à 12 (1872-1875)

District de Moudon

Notaire Bourgeois Jules, reg. 6 à 9 (1856-1863)
» Place François, Saint-Cierges, reg. 5 à 8 (1866-1872)

District de Nyon

Notaire Bryand Louis, reg. 6 à 10 (1861-1869)
» Vulliet Antoine, Coppet, reg. 5 à 7 (1850-1857)

District d'Orbe

Notaire Magnenat Auguste, reg. 5 à 9 (1852-1860)

District du Pays-d'Enhaut

Notaire Isoz Eugène, Château-d'Oex, reg. 7 à 10 (1863-1874)

District de Vevey

Notaire Cuénod Aimé, reg. 17 à 20 (1866-1872)
» Dupraz François, reg. 10 à 14 (1845-1853)

District d'Yverdon

Notaire Bertsch Gabriel, reg. 2 à 6 (1855-1870)

V. LISTE DES ABRÉVIATIONS

ACV	Archives cantonales vaudoises
B Fac	Bibliothèque de la Faculté de droit de Lausanne
BCU	Bibliothèque cantonale et universitaire Lausanne
CCF	Code civil français de 1804
CCS	Code civil suisse
CCV	Code civil vaudois
CR	Code rural
JT	Journal des Tribunaux
LVCC	Loi d'introduction dans le canton de Vaud du Code civil suisse, du 30 nov. 1910
ORF	Ordonnance sur le Registre Foncier du 22 février 1910
RO	Recueil officiel des arrêts du Tribunal Fédéral suisse
ROLF	Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse
ROLV	Recueil des lois, décrets et autres actes du gouvernement du canton de Vaud
TF CCS	Titre final du Code civil suisse
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

TABLE DES MATIÈRES

Les servitudes foncières dans le Code civil vaudois

Introduction 7

Première partie: GÉNÉRALITÉS 15

Deuxième partie: DES SERVITUDES QUI DÉRIVENT DE LA SITUATION DES LIEUX 21

Introduction 21

Chapitre Premier: *Des eaux* 23

I. Le principe de l'art. 426 CCV 23

II. Les sources. 26

III. Les eaux courantes 37

IV. Des eaux pluviales et des égouts 42

V. L'article 434 CCV 45

Chapitre II: *Du bornage et de la clôture* 47

I. Le bornage 47

II. La clôture 47

TROISIÈME PARTIE: DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI 53

Chapitre Premier: *Généralités* 53

Chapitre II: *Des murs mitoyens* 56

I. Les présomptions de mitoyenneté et de non-mitoyenneté 56

II. L'acquisition de la mitoyenneté 63

III. Les charges résultant de la mitoyenneté 66

IV. Les effets de la mitoyenneté 69

Chapitre III: *Du cas où les étages d'une maison appartiennent à différents propriétaires* 77

Chapitre IV: *Du fossé, de la haie et des autres clôtures mitoyennes* 84

I. Des fossés 84

II. Des autres clôtures mitoyennes 88

Chapitre V: *Des distances à respecter pour les plantations, haies et fossés* 90

I. Comment calculer ces distances 90

II. Articles 458 et 459 CCV 93

III. Article 461 CCV 106

IV. De la propriété des arbres plantés dans le fonds d'autrui 110

Chapitre VI: *Des distances à respecter pour certaines constructions* 113

Chapitre VII: *Des jours et des vues* 117

I. Généralités 117

II. Article 466 CCV 119

III. Les articles 676 et 677 CCF 119

IV. Les articles 467, 468 et 469 CCV 120

V. La servitude de non-bâtir de l'article 470 CCV 123

Chapitre VIII: *De l'égout des toits* 132

Chapitre IX: *Du droit de passage* 133

I. Généralités 133

II. Les articles 472 à 476 CCV 134

III. Des passages d'eau 140

QUATRIÈME PARTIE: DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME 143

Chapitre Premier: *Généralités* 144

I. La notion de servitude foncière en droit vaudois . . . 144

II. Les différentes sortes de servitudes 154

Chapitre II: *Comment s'établissent les servitudes* 157

I. Généralités 157

II. L'acquisition des servitudes par prescription 158

III. L'acquisition des servitudes par titre 163

IV. L'acquisition des servitudes par la destination du père de famille 170

V. L'article 485 CCV 176

Chapitre III: *Des droits et des obligations des propriétaires des fonds dominants et des fonds servants* 177

I. Article 486 CCV 177

II. Les articles 487, 488 et 489 CCV 177

III. L'article 490 CCV 179

IV. Les articles 491 et 492 CCV 180

Chapitre IV: *Comment les servitudes s'éteignent* 182

I. Extinction des servitudes suite à un changement dans l'état des lieux 182

II. Extinction des servitudes par consolidation 183

III. Extinction des servitudes par le non-usage 184

IV. Extinction des servitudes par renonciation 189

Conclusion 191

Bibliographie 195

Achevé d'imprimer sur les presses
de l'Imprimerie des Remparts S.A.,
à Yverdon,
le 30 avril 1977.